


**Die Gelding**  
van die  
**Volkereg**  
in die  
**Suid-Afrikaanse Reg**

AEM Bezuidenhout

  
**Tesis ingelewer**  
vir die graad van  
**Magister in die Regsgeleerdheid**  
aan die  
**Universiteit van Stellenbosch**

**Studieleier: Prof MG Erasmus**

Desember 1990

# Verklaring

Ek, die ondergetekende, verklaar hiermee dat die werk in hierdie tesis vervat, my eie oorspronklike werk is wat nog nie vantevore in die geheel of gedeeltelik by enige ander Universiteit ter verkryging van 'n graad voorgelê is nie.

# Dankbetuiging

Aan die volgende persone my opregte dank:

- My studieleier, Professor Gerhard Erasmus, onder wie se bekwame leiding hierdie tesis voltooi is.
- My familie, vir hulle aanmoediging en belangstelling.
- Deutsche Akademische Austauschdienst (DAAD), wat buitelandse navorsing moontlik gemaak het.
- Die Raad vir Geesteswetenskaplike Navorsing, vir finansiële bystand.

# Opsomming

Volgens Rumpff HR se uitspraak in die *Nduli*-beslissing, is Romeins-Hollandse reg die *fons et origo* van die stelling dat volkeregtelike gewoontereg deel van Suid-Afrikaanse reg is. Sy bronne, François and Huber, is vatbaar vir kritiek omdat hulle nie Romeins-Hollandse gesag op hierdie spesifieke vraag is nie. Die beslissings in *Ncumata v Matwa* (1881-2), *Du Toit v Kruger* (1905), en *Rex v Lionda* (1944) beklemtoon egter dat die gelding van volkeregtelike gewoontereg in die Suid-Afrikaanse reg *wel* deur die Romeinse reg plaasgevind het. Verskeie hofbeslissings beklemtoon verder dat die term Romeins-Hollandse reg nie eng geïnterpreteer moet word nie, aangesien dit die gemenereg van die hele Wes-Europa omvat, en nie net die van die provinsie Holland nie. Indien hierdie aanhaling in 'n *ius commune* konteks geïnterpreteer word, is dit duidelik waarom Rumpff HR nie spesifieke bronne aangehaal het om sy punt te bewys nie: hy het dit as 'n gegewe feit aanvaar — soos ook die juriste in die middeleeue. Romeins-Hollandse reg geld dus slegs as 'n verwysingsraamwerk waaruit die volkereg ontwikkel het. Die howe pas dus volkereg toe as volkereg en nie as, byvoorbeeld, gemenereg nie. Twee belangrike implikasies volg hieruit: eerstens beteken dit dat volkeregtelike gewoontereg nie getransformeer hoef te word voordat die howe die relevante reël toepas nie, en tweedens dat nuwe volkeregtelike gewoonteregreëls outomaties deel vorm van die Suid-Afrikaanse reg.

Uit die tagtig Suid-Afrikaanse hofbeslissings wat bespreek is, is dit duidelik dat die howe wel geregteklik kennis neem van volkeregtelike gewoontereg. Dit regverdig dus die stelling dat die regbank volkeregtelike gewoontereg reeds sedert 1879 as deel van die Suid-Afrikaanse reg beskou.

Die invloed van die Engelse reg op hierdie deel van die Suid-Afrikaanse reg behoort volgens Rumpff HR ook in ag geneem te word. Die rede hiervoor is dat die Engelse reg die gemenereg van die Suid-Afrikaanse staatsreg vorm. Dit beïnvloed die toepassing van die volkereg deur die howe — gevolglik kan dit die howe se verwysingsraamwerk uitbrei.

Slegs 'n vyfde van die beslissings verwys na Romeins-Hollandse skrywers, en dan slegs in 'n vergelykende sin. Die Suid-Afrikaanse howe steun hoofsaaklik op Anglo-Amerikaanse beslissings en tendense. Die Suid-Afrikaanse howe volg hulle Engelse eweknieë deur dieselfde beperkinge op die algemene reël dat volkeregtelike gewoontereg deel vorm van die reg van die land, te aanvaar.

Die bereidwilligheid van die howe om volkeregtelike gewoontereg toe te pas het deur die jare afgeneem, veral waar staatsveiligheid ter sprake is. Dit blyk dat politieke-kontensieuse vrae 'n striemende faktor is by die toepassing van volkeregtelike gewoontereg deur die howe, veral waar daar 'n botsing tussen volkeregtelike gewoontereg en munisipale reg voorkom.

Staatshandelinge is die vernaamste struikelblok by die toepassing van vol-

keregtelike gewoontereg, aangesien dit daartoe kan lei dat die howe afstand kan doen van hul onafhanklike regsfunksie ten gunste van die uitvoerende gesag.

Omdat die Suid-Afrikaanse howe die Engelse reg ook in hierdie gebied navolg, kan dit aanvaar word dat die veiligheidsmaatreëls wat reeds dáár ontstaan het, deur die Suid-Afrikaanse howe gevolg sal word om te verhoed dat hul jurisdiksie ligtelik beperk sou kon word.

Dit word dus aanbeveel dat aandag gegee word aan die bestaan en toepassing van volkeregtelike gewoonteregbeginsels en dat 'n daadwerklike poging deur die regbank gemaak moet word om botsings tussen volkeregtelike gewoontereg en munisipale reg te vermy, en om dit op so 'n wyse te doen dat in ag gehou word dat volkeregtelike gewoontereg in Suid-Afrika deel is van die Suid-Afrikaanse reg.

# Summary

According to Rumpff CJ in the *Nduli* decision, Roman-Dutch law is the *fons et origo* of the statement that customary international law is part of South African law. His sources, François and Huber, are open to criticism because they are not Roman-Dutch authorities on this specific question, but the decisions in *Ncumata v Matwa* (1881–2), *Du Toit v Kruger* (1905), and *Rex v Lionda* (1944) emphasise that the reception of customary international law in South African law *has* taken place through Roman law. Various court decisions emphasise that the term Roman-Dutch law should not be interpreted narrowly, as it includes the common law of the whole of Western Europe and not only of the province Holland. If this quotation is interpreted in an *ius commune* context, it is clear why Rumpff CJ did not cite specific sources to prove his point: he accepted it as a given fact — as the jurists did in the middle ages. Roman-Dutch law serves only as a frame of reference out of which international law has developed. The courts therefore apply international law as international law and not as, for example, common law. Two important implications follow: firstly it means that customary international law need not to be transformed before the courts can apply the relevant rule and secondly that new rules of customary international law automatically form part of the law of South Africa.

From the eighty South African court decisions discussed, it is clear that the courts do take judicial notice of customary international law. This justifies the statement that the judiciary regards customary international law as part of the law of South Africa since 1879.

The influence of English law on this section of South African law must, according to Rumpff CJ, also be taken into account. The reason is that English law is the common law of the South African constitutional law which influences the application of international law by the courts. This can extend the courts' frame of reference. Only a fifth of the cases discussed refer to Roman-Dutch writers, and then only in a comparative sense. The South African courts rely mainly on Anglo-American decisions and tendencies. The South African courts follow their English counterparts by accepting the same qualifications on the general rule that customary international law forms part of the law of the land.

The willingness of the courts to apply customary international law has diminished over the years especially in cases where state security features. It seems that politically contentious questions play an inhibiting role on the readiness of the courts to apply customary international law where conflict, real or imaginary, between customary international law and municipal law appears.

Acts of state constitute the most important obstacle in the application of customary international law, because they could lead to the court abandoning its independent judicial function in favour of the executive. Because the South

African courts follow the English law in this area also, it is assumed that safety measures developed there would be adopted by the South African courts to prevent their jurisdiction from being limited too easily.

It is recommended that more attention should be given to the existence and application of customary international law principles and that a conscious effort must be made by the judiciary to resolve conflict between customary international law and municipal law and to do it in such a manner that due account is taken of the fact that in South Africa customary international law is part of the law of the land.

# Inhoud

<b>1</b>	<b>Inleiding</b>	<b>1</b>
<b>2</b>	<b>Romeinse Reg en Volkereg</b>	<b>11</b>
2.1	Agtergrond . . . . .	11
2.2	Die invloed van die Romeinse reg op die volkereg . . . . .	14
2.3	Die Europese <i>Ius Commune</i> . . . . .	23
2.4	Die toepassing van die volkereg in Nederland en Engeland . . . . .	33
2.4.1	Agtergrond . . . . .	33
2.4.2	Nederland . . . . .	38
2.4.3	Engeland . . . . .	39
2.5	Samevatting . . . . .	40
2.6	Gevolgtrekking . . . . .	44
<b>3</b>	<b>Die gemenereg van Suid-Afrika</b>	<b>45</b>
3.1	Agtergrond . . . . .	45
3.2	Die toepassing van die Suid-Afrikaanse reg deur die howe . . . . .	48
<b>4</b>	<b>Volkereg en Munisipale reg</b>	<b>52</b>
4.1	Algemene Debat . . . . .	52
4.1.1	Dualisme . . . . .	53
4.1.2	Monisme . . . . .	53
4.1.3	Harmoniseringsteorie . . . . .	54
4.1.4	Munisipale Reg in die Internasionale Sfeer . . . . .	55
4.2	Transformasie- en Adoptasieteorieë . . . . .	56
4.3	Engeland . . . . .	59
4.3.1	Algemeen . . . . .	59
4.3.2	Volkeregtelike Gewoontereg . . . . .	60
4.3.3	Verdrae . . . . .	72
<b>5</b>	<b>Suid-Afrikaanse Reg en Volkereg</b>	<b>74</b>
5.1	Algemeen . . . . .	74
5.2	Suid-Afrikaanse Hofbeslissings . . . . .	75



5.2.1	Gevolgtrekking . . . . .	120
5.3	Beperkinge . . . . .	120
5.3.1	Algemeen . . . . .	120
5.3.2	Wetgewing . . . . .	121
5.3.3	<i>Stare Decisis</i> -Beginsel . . . . .	126
5.3.4	Staatshandelinge ( <i>Acts of State</i> ) . . . . .	130
5.3.5	Uitvoerende Sertifisering . . . . .	136
<b>6</b>	<b>Samevatting</b>	<b>141</b>
6.1	Die volkereg is deel van die reg van die land . . . . .	141
6.2	Gewoonteregtelike volkereg is deel van ons reg: die <i>fons et origo</i> . . . . .	145
6.3	Die gesindheid van die howe teenoor die volkereg . . . . .	147
6.3.1	Algemeen . . . . .	147
6.3.2	Die <i>stare decisis</i> -beginsel . . . . .	149
6.3.3	Staatshandelinge . . . . .	150
6.4	Gevolgtrekking . . . . .	151
6.5	Aanbeveling . . . . .	151
<b>A</b>	<b>Lys van Aangehaalde Beslissings</b>	<b>153</b>
<b>B</b>	<b>Bronnelys</b>	<b>158</b>

# Afkortings

BYIL *British Yearbook of International Law*

CILSA *Comparative and International Law of South Africa*

ICLQ *International Comparative Law Quarterly*

LQR *Law Quarterly Review*

SALJ *South African Law Journal*

SAYIL *South African Yearbook of International Law*

THRHR *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg*

TSAR *Tydskrif vir Suid-Afrikaanse Reg*

# Hoofstuk 1

## Inleiding

In die appèlhofbeslissing van *Nduli and Another v Minister of Justice*<sup>1</sup> maak hoofregter Rumpff die volgende belangrike bevinding:

‘While it is obvious that international law is to be regarded as part of our law, it has to be stressed that the *fons et origo* of this proposition must be found in Roman-Dutch Law’.

Uit die feite van die saak blyk dit dat hier om volkeregtelike gewoontereg en die toepassing daarvan deur die Suid-Afrikaanse howe handel. Sekere persone het tereggestaan op aanklagtes onder die Suid-Afrikaanse veiligheidswetgewing. Hulle het beweer dat hulle wederregtelik in Swaziland deur die Suid-Afrikaanse polisie gearrester is. Hulle arrestasie was dus volkeregtelik gesproke onregmatig aangesien die territoriale soewereiniteit van ’n vreemde staat geskend is. Laasgenoemde reël van die volkereg word deur die appèlhof aanvaar. Die basis daarvan is natuurlik eerstens volkeregtelike gewoontereg. Maar is dit ook ’n reël wat die Suid-Afrikaanse howe bind?

Die aanhaling gee ook te kenne dat hierdie volkereg in eie reg deel van die Suid-Afrikaanse reg vorm. Wanneer dit dus deur die Suid-Afrikaanse howe toegepas word, word dit *qua* volkereg toegepas. In sulke gevalle is dit nie byvoorbeeld gemene reg wat die howe toepas nie. Die tersaaklikheid van die gemene reg lê volgens hierdie uitspraak daarin dat dat die gesag vir die stelling dat hierdie volkereg deel van die Suid-Afrikaanse reg is, uit die Romeins-Hollandse reg kom.

In hierdie beslissing word egter geen gesag uit die Romeins-Hollandse reg aangehaal wat presies hierdie bewering staaf nie. Die aanhaling uit Huber<sup>2</sup> sê slegs dat die wette van die staat net op eie grondgebied geld. Dit bewys tereg die (volkeregtelike) reël ten opsigte van respek vir “territoriale soewereiniteit”.<sup>3</sup> Dit

---

<sup>1</sup>1978 1 SA 893 A 906B.

<sup>2</sup>*Nduli and Another v Minister of Justice* 1978 1 SA 893 A 906.

<sup>3</sup>Supra op 987 F haal die advokate vir die appellante Voet aan as gesag vir dieselfde stelling.

is presies ook wat die Hoofregter met die aanhaling wil bewys. Vir sy vereiste dat “the *fons et origo* of this proposition must be found in Roman-Dutch law” haal hy inderdaad geen Romeins-Hollandse gesag aan nie. Dit wil dus met die eerste oogopslag voorkom asof hy dit eenvoudig as ’n gegewe aanvaar.

’n Belangrike oogmerk met hierdie studie is gevolglik om die tersaaklike bronne te bestudeer ten einde vas te stel of sodanige gesag in die gemene reg beskikbaar is. Die Romeins-Hollandse reg sal dus ontleed word en die bespreking van die volkereg daarin behandel word. Die wyse waarop sulke historiese bronne vir die doeleindes van die huidige ondersoek gebruik word en die aard van die gesag waarna gesoek word, moet egter wel in die regte konteks geplaas word.

Dit is goed en wel om onder die huidige beskouings reëls oor die verhouding tussen staatlke reg (wat die gemene reg insluit) en die volkereg te vereis. Dit is egter ’n ander saak om in die verre geskiedenis toe die verhoudings tussen state, die aard van die staat self<sup>4</sup> en die hierargie van regsreëls anders was, terug te delf. Moderne tegnologie, kommunikasiemiddels en handelsbehoefte gee aan die volkereg ’n meer dinamiese dimensie. ’n Europese opvatting oor ’n algemene *ius commune* soos dit in destydse kondisies gegeld het, moet deeglik in aanmerking geneem word by die vertolking van en identifikasie van uiteindelijke gesag.

Daar is ’n verdere belangrike implikasie wat uit die stelling omtrent die volkereg as deel van die Suid-Afrikaanse reg voortvloei. Volkeregtelike gewoontereg het geen statiese inhoud nie. Nuwe praktyke en behoeftes bring mee dat dit ’n dinamiese en steeds groeiende inhoud het. ’n Goeie demonstrasie hiervan is in die *Trendtex* beslissing<sup>5</sup> te vind waar Lord Denning ’n ou gevestigde Engelse regsreël oor absolute soewereine immuniteit ignoreer en op basis van die nuwe volkeregtelike gewoontereg bevind dat ’n nuwe staat slegs beperkte soewereine immuniteit in die Engelse howe geniet. Dit beteken dus dat indien volkeregtelike gewoontereg in eie reg deel van die Suid-Afrikaanse reg is, die howe telkens direk die nuwe volkereg sal raadpleeg. Ou presedente gebaseer op regsreëls wat nie meer bestaan nie, geld dus nie meer nie.

In ooreenstemming met die eerste aanhaling uit die *Nduli* beslissing het verskeie juriste<sup>6</sup> die afgelope aantal jare die standpunt verkondig dat gewoonteregtelike volkereg — in teenstelling met verdrae — deel van die Suid-Afrikaanse reg is, onderhewig aan sekere kwalifikasies.<sup>7</sup>

<sup>4</sup>Die moderne nasie-staat is maar ’n baie onlangse verskynsel wat na die Vrede van Wesfale van 1648 teruggevoer kan word.

<sup>5</sup>*Trendtex Trading Corporation v Central Bank of Nigeria* [1977] 2 W.L.R. 356 (A).

<sup>6</sup>J. Dugard *Consular Immunity* 1966 SALJ 126 op 131; — *International Law is Part of our Law* 1971 SALJ 13; A.J.G.M. Sanders *The Justiciability of Foreign Policy Matters under English and South African Law* 1974 CILSA 215 op 220 vn 25; — *Our State Cannot Speak with Two Voices* 1971 SALJ 413; — *The Courts and Recognition of Foreign States and Governments* 1975 SALJ 165 op 170 vn 33; Rosalie P. Schaffer *The Inter-Relationship between Public International Law and the Law of South Africa: An Overview* 1983 ICLQ 296–315.

<sup>7</sup>Sien D.J. Devine *Qualifications on the Incorporation of International Customary Law into South African Municipal Law* 1973 Natal University Law Review 58. Dié kwalifikasies

Professor Hercules Booysen is die uitsondering. Volgens hom<sup>8</sup> word daar by die toepassing van die volkereg deur die hof op die terrein van die staatsreg beweeg. Die wyse waarop die volkereg toepassing sal vind en die geldingskrag wat dit in Suid-Afrika sal geniet, sal dus deur staatsregtelike reëls bepaal word. Hy argumenteer dat ons staatsreg volgens juriste en hofbeslissings op die Engelse staatsreg gebaseer is, en dat die magte van ons hof dus ook deur die Engelse reg beheer word. Hy argumenteer voorts dat alhoewel die volkereg moontlik deel is van die Engelse *common law*, dit van weinig hulp is vir die Suid-Afrikaanse juris, aangesien die Engelse *common law* nie *in toto* in Suid-Afrika geld nie.

Beter redes bestaan egter vir die noue verband tussen die volkereg en die staatsreg. Rosalie Schaffer<sup>9</sup> stel dit duidelik dat volgens moderne Engelse regspraktik gewoontereg telike volkereg wel as deel van die Engelse *common law* beskou word. Aangesien daar volgens haar in Suid-Afrika geen grondwetlike bepalings of algemene wetgewing is wat die verhouding tussen Suid-Afrikaanse munisipale reg en die volkereg reguleer nie, word daar tans in hierdie verband hoofsaaklik op die Engelse *common law* reëls wat Suid-Afrika vanaf Engeland oorgeneem het, gesteun.

Die Engelse *common law* geld nie in geheel in Suid-Afrika nie, maar wel ten opsigte van die publiekreg. Wiechers<sup>10</sup> stel dit as volg:

‘In die geheel moet opgemerk word dat gemeenregtelik ons huidige staatsreg van Engelse oorsprong is.’

Die relevansie van die staatsreg is daarin geleë dat die reëls van die staatsreg die verhouding tussen die regsprekende gesag en die wetgewende gesag aan die een kant en die regsprekende gesag en die uitvoerende gesag aan die ander kant reguleer. Die algemene gedagtegang is dat die parlement soewerein is en dat die wette van ’n soewereine parlement nie aan die toetsingsbevoegdheid van die hof onderwerp kan word nie. Normaalweg vervul die hof ’n kontrolefunksie teenoor die uitvoerende gesag. Daar is wel gevalle van uitoefening van uitvoerende owerheidsgesag waar die regsprekende gesag hom sal weerhou om ’n oordeel uit te spreek of ’n beslissing te waag. Die gevalle kom hoofsaaklik voor op die gebied van die staat se betrekkinge met vreemde state en regerings. Dit is die sogenaamde *acts of state* (staatshandelinge) wat nie deur die hof beregbaar is nie. Dit blyk dus duidelik dat die reëls van die staatsreg die geldingskrag van die volkereg beïnvloed.

Die uitvoerende gesag van die Republiek ten opsigte van enige aangeleentheid wat sy buitelandse sake raak, berus by die staatspresident handelende op advies van die uitvoerende gesag.<sup>11</sup> Artikel 7(4) van die Grondwet van 1961

word aan die einde van die hoofstuk vermeld en word volledig in afdeling 5.3 bespreek.

<sup>8</sup>H. Booysen *Die Toepassing van die Volkereg in die Suid-Afrikaanse reg*. Doktorale Proefskrif 1974; — *Volkereg: ’n Inleiding*. 1981.

<sup>9</sup>R.P. Schaffer a w 283,285.

<sup>10</sup>M. Wiechers *VerLoren van Themaat Staatsreg* 3e uitg 1981 68; 333–334; 340–343.

<sup>11</sup>Artikel 16(1) van Die Grondwet van Suid-Afrika, Wet 32 van 1961.

bepaal dat die staatspresident dieselfde bevoegdhede en funksies as staatshoof het as wat die koningin onmiddellik voor die inwerkingtreding van die wet by wyse van prerogatief gehad het. Een van die belangrikste bevoegdhede wat die staatspresident ingevolge die behoudende bepaling verkry, is die bevoegdheid om *acts of state* te verrig. Ingevolge artikel 6(4) van Die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika, Wet 110 van 1983, behou die staatspresident benewens die magte soos uiteengesit in die Grondwet, 'such powers and functions as were immediately before the commencement of this Act possessed by the State President by way of prerogative.'

In die geval van prerogatiwe en ander gemeenregtelike reëls met betrekking tot die inrigting van ons staatsbestel en die aard van die parlement se wetgewende oppergesag, geld die Engelse gemeenereg soos in die regspraak vertolk en toegepas.

Die uitspraak van Rumpff HR dat die *fons et origo* van die stelling dat die volkereg deel van ons reg is in die Romeins-Hollandse reg geleë is, het belangrike implikasies. Dit gee aan die howe 'n ander en waarskynlik wyer basis om selfstandig die volkereg telike gewoontereg toe te pas. Twee kwessies moet dus onderskei word, naamlik die feit dat Romeins-Hollandse reg die gesag is vir die stelling dat die volkereg telike gewoontereg deel van die Suid-Afrikaanse reg is en andersyds die feit dat die Engelse *common law* by die Suid-Afrikaanse staatsreg as gemene reg geld.

Dit word algemeen aanvaar word dat die moderne volkereg eers sy finale beslag gevind het met die ontstaan van die nasie-staat in 1648 met die Vrede van Wesfale.<sup>12</sup> Om die kontinuïteit van sekere volkeregreëls te illustreer, kan die ontwikkelingsproses van die volkereg nie geïgnoreer word nie.

'n Belangrike faktor in die ontwikkeling van die volkereg is die heroplewing van die Romeinse reg tydens die *Renaissance*.<sup>13</sup>

Die proses neem 'n aanvang in Bologna, Noord-Italië, brei uit na die Nederlande en Frankryk en beïnvloed op die wyse die grootste gedeelte van Wes-Europa. Die resepsie het tot gevolg gehad dat 'n Europese *ius commune*, met Romeinse reg as basis ontstaan het. Die vernaamste kenmerk van die Europese *ius commune* was die ontwikkeling van 'n regswetenskap tydens die laat-middeleeue. Hierdie regswetenskap het twee bene, te wete kanonieke reg en Romeinse reg.

<sup>12</sup> Alfred Verdross – Bruno Simma *Universelles Völkerrecht* 3e uitg 1984 20–1.

<sup>13</sup> Helmut Coing *Die europäische Privatrechtsgeschichte der neueren Zeit als einheitliches Forschungsgebiet* 1967 *Ius Commune* I 1–33; — *The Sources and Characteristics of the Ius Commune* 1986 *CILSA* 483–9; R. Zimmermann *Roman-Dutch Law in South Africa: Aspects of the reception process* 1985 *Lesotho Law Journal* 1 op 97–120; — *Das Römisch-Holländische Recht in Südafrika. Einführung in die Grundlagen und usus hodiernus*. 1983; — *Synthesis in South African private law: Civil law, Common Law, and usus hodiernus pandectarum* 1986 *SALJ* 259–89; D.H. van Zyl *Geskiedenis van die Romeins-Hollandse Reg* 1979; H.R. Hahlo & E. Kahn *The South African Legal System and Its Background* 1968; J.W. Wessels *History of the Roman-Dutch Law* 1908; P. Koschaker *Europa und das römische Recht* 1966.

Die *ius commune* het die volgende middeleeuse instellings, sowel as die betrokke reg wat dit reguleer, omvat:

- Feodale reg, soos ontwikkel in Lombardië, is formeel in die *Corpus Iuris Civilis* ingesluit — die sogenaamde *Libri Feudorum*
- reëls met betrekking tot ander middeleeuse instellings was nie formeel in die *Corpus Iuris Civilis* ingesluit nie, maar juriste het toepaslike reëls vir hulle ontwikkel wat universeel aanvaar is.
- Handelsreg, soos ontwikkel gedurende die middeleeue, is gedurende die sestende en sewentiende eeue in die *ius commune* ingesluit.

Die *ius commune* het in die middeleeuse universiteite ontstaan, aangesien dit 'n regswetenskap was. Die gesaghebbende tekste wat deur die juriste gebruik is, was die twee *Corpora*, die *Corpus Iuris Civilis* en die *Corpus Iuris Canonici*.

Die feit dat die Romeinse reg, soos vervat in die *Corpus Iuris Civilis*, sedert die twaalfde en dertiende eeue as 'n regswetenskap aan die Universiteit van Bologna bestudeer is, het daartoe gelei dat die Romeinse reg ook aan al die ander universiteite van Europa bestudeer is: dit wil sê, die Romeinse reg herleef omdat dit 'n studieveld geword het. Die kanonieke reg is vroeg reeds naas die Romeinse reg as vak by die universiteite gedoseer met die gevolg dat die twee stelsels mekaar wedersyds beïnvloed het. Verder is dit ook belangrik om daarop te let dat die oudste regs fakulteite opleidingsentra vir die totale Europa daargestel het: Duitse studente studeer byvoorbeeld in Bologna, Padua en Orleans; Engelse studente te Parys ensovoorts. Die resultaat is 'n eenvormige regswetenskap in soverre dit tot die Latynse kultuur hoort. Die basis van die regswetenskap was eenvormige tekste, die wetgewing van Justinianus, *Decreta* en *Decretales*.

Die heroplewing van die Romeinse reg was nie 'n geïsoleerde gebeurtenis nie — dit was deel van 'n algemene kultuuroplewing gedurende die twaalfde eeu. Die glossatore het spoedig ook die regspraktik van hul tyd begin beïnvloed. Hulle gesag is in die geregshoue erken en hul menings het selfs meer gewig gedra as die Justiniaanse tekste self. In toenemende mate is geleerde juriste, dit wil sê juriste wat deur die glossatore opgelei is, ook as regters aangestel. Die stedelike *statuta* het ook die *glosse* as gesaghebbend erken.

Die Romeinse reg, soos verstaan en uitgelê deur die glossatore, word so die gemenereg van Italië en deurdring op die ou end die hele Wes-Europa. Dit gee aanleiding tot die totstandkoming en ontwikkeling van 'n eenvormige *communis opinio doctorum*. Die *ius commune* het geldingskrag in al die lande wes van 'n denkbeeldige lyn tussen Venesië en die Baltiese see, insluitend Hongarye en Pole geniet. Verskillende Europese lande het gedurende verskillende tydperke die leidende rol gespeel wat betref die resepsie van die Romeinse reg. Die mate waartoe die resepsie plaasgevind het, het ook verskil. Die algemene ontwikkelingspatroon was egter dieselfde. Dit blyk ook nie asof daar 'n fundamentele verskil tussen 'n resepsie *in complexu* (in die Duitse Ryk) en 'n resepsie *non*



*ratione imperii sed imperio rationis* (in die res van Europa) bestaan het nie. Al die geleerde juriste, in Duitsland sowel as in die res van Europa, het die Romeinse reg op dieselfde wyse toegepas deur plaaslike reëls binne die raamwerk van die *ius commune* in te pas. Sodoende het die *ius commune* nooit meer as 'n *ius in subsidio* geword nie.

Die ontwikkeling en aanwending van die *ius commune* was nie net tot die middeleeue beperk nie, maar sluit die era van die *usus modernus* in. Al die groot veranderinge ten opsigte van die *ius commune* het op Europese vlak plaasgevind, byvoorbeeld die rasionalisasie van die agtiende eeu, asook die Hervorming wat die natuurregleerstuk as basis gehad. Deurdat die Europese regswetenskap tred gehou het met die veranderde kulturele bewegings en die feit dat 'n gemeenskaplike taal gebruik is, het die regswetenskap sy eenheid behou. Die internasionale *communis opinio doctorum* word gesaghebbend vir die aanwending en ontwikkeling van die reg. Dit impliseer dat die *usus modernus pandectarum* nie net in Duitsland bestaan het nie, maar in die hele Sentrale- en Wes-Europa.

Dit sal ondersoek word of die Romeins-Hollandse reg wat na die Kaapkolonie gedurende die sewentiende en agtiende eeue oorgedra is, deel was van die breëre Europese *ius commune* en of dit beperk was tot die reg van die provinsie Holland. Vroeër is reeds verwys na die feit dat die oorname van die Kaap deur Engeland 'n groot invloed uitgeoefen het op ons regstelsel. Die resultaat van die beïnvloeding is dat die Suid-Afrikaanse regstelsel vandag 'n hibriede regstelsel is, gebaseer op Romeins-Hollandse en Engelse reg. As gevolg van die feit dat die Suid-Afrikaanse parlementêre stelsel afkomstig is van die Westminsterstelsel, het die Engelse reg veral die publiekreg beïnvloed.<sup>14</sup>

In die *Nduli*-beslissing<sup>15</sup> steun hoofregter Rumpff op Huber as Romeins-Hollandse gesag vir die stelling dat die volkereg deel is van ons reg. Met verwysing na Huber word die volgende stelling gemaak:

'Our own conception of public international law is based on the acceptance of territorial sovereignty of independent States.'

Die hof verwys na Huber se *Praelectiones*, 2. 4 waar hy as volg verklaar:

'The laws of every sovereign authority have force within the boundaries of its State and bind all subjects to it, but not beyond.'

Die hof steun verder op Francois, *Grondlynen van het Volkenrecht*:<sup>16</sup>

'Het Volkenrecht is een positief recht, een recht, dat geldt en verwerkelyking vindt, niet een *ius constituendum*, maar een *ius constitutum*, met een samenstel van regels, die in de subjectieve opvatting

<sup>14</sup>O.D. Schreiner *The Contribution of English Law to South African Law; and the Rule of Law in South Africa* 1967 1-105. Marinus Wiechers *Administratiefreg* 2e uitg 1984 29; Marinus Wiechers *Verloren van Themaat Staatsreg a w* 1981 68-9.

<sup>15</sup>*Nduli and Another v Minister of Justice* 1978 1 SA 893 A 906C-H.

<sup>16</sup>Hfst.1, titel 2, op 29-30.



van enkele behoorden te gelden, maar die zich als rechtsnormen, waaraan de idee der afdwingbaarheid onafscheidenlijk is verbonden, aan de gemeenschap, waarvoor zij bestemd zijn te gelden, voordoen. Inderdaad kan de rechtsetiek niet benaderd worden door het persoonlik gevoelen van ieder voor zich, maar alleen door synthetische wetenschap van wat uitdrukkelijk als geldend recht geijkt is of naar geldende rechtsopvatting heerst. Onjuist is het, gelijk reeds opgemerkt, om aan te nemen, dat de normen zich uitsluitend in de vorm van verdragen tussen de staten kunnen openbaren, of dat herhaling van de toepassing, de gewoonte, vereist is om een norm het karakter van volkenrechtsnorm te geven. Waarop het slechts neerkomt, is, dat de gemeenschap op enigerlei wijze de norm als geldend erkent. Dit geschiedt in de best kenbare vorm door de aanvaarding door een orgaan, bevoeg of tot het vaststellen van normen (verdrag), en op minder ondubbelzinnige wijze maar niettemin toch duidelik, door bewuste herhaalde toepassing (gewoonte). Maar evenzeer konkretiseert de norm zich door bestendige rechtsopvattingen ook al zijn die niet omgezet in toepassing of daad'

Die verwysing na Huber is van weinig waarde. Volgens Sanders<sup>17</sup> bespreek Huber 'n internasionale privaatregtelike beginsel waarvolgens nasionale regsreëls territoriale gelding geniet en was die bedoeling met die verwysing na Huber daarop gerig om die territorialiteit van die munisipale aanwending van die volkereg te beklemtoon. Dit is vroeër reeds beklemtoon dat die Hoofregter juis met die aanhaling die respek wat ten opsigte van territoriale soewereiniteit bestaan, onderskryf.

Die verwysing na Francois, 'n moderne Nederlandse juris, kan nie as gesag is vir die Suid-Afrikaanse gemenerereg beskou word nie. Daarbenewens handel die aanhaling oor die normatiewe karakter van die volkereg en die bronne daarvan, eerder as oor die verhouding tussen die twee regstelsels. Enige moderne volkereggeleerde kan hiervoor aangehaal word.

Voorts verklaar hoofregter Rumpff dat

'according to our law only such rules of customary international law are to be regarded as part of our law as are either universally recognised or have received the assent of this country'

Die kwalifiserende stelling van hoofregter Rumpff vra ook om opheldering. Twee vrae tree dadelik na vore:

<sup>17</sup>A.J.G.M. Sanders *The Applicability of Customary International Law in South Africa — The Appeal Court has Spoken*. 1978 CILSA 198 op 204. [Sanders wys ook daarop dat die hof inderwaarheid na paragraaf 2 van die Fries se *De Conflictu Legum Diversarum in Diversis Imperiis* wat in deel 2, boek 1, titel III in fine van sy *Praelectiones Juris Romani et Hodierni* (1689) verskyn, verwys het. (Die Engelse vertaling is deur D.J. Llewelyn Davies behartig, 1937 BYIL vol 18 op 65)]; R. Schaffer a w 307 ondersteun die standpunt.

- Die omvang van die begrip universele erkenning, en
- Die tipe toestemming waarna verwys word, dit wil sê, of die transformasie- of die inkorporasieleerstuk van toepassing is.

Volgens Devine<sup>18</sup> behoort daar 'n onderskeid getref te word tussen universele en algemene volkeregtelike gewoontereg: eersgenoemde bind alle state, laasgenoemde alle state buiten *persistent objectors*, dit wil sê state wat voor die ontstaan van die reël bestaan het en konstant teen die reël in sy vormingsperiode beswaar gemaak het.

In 'n latere beslissing<sup>19</sup> bevind Margo R dat waar 'n gebruik 'n algemene reël geword het, dit alle state bind wat dit nie teengestaan het nie, ongeag of hulle 'n aktiewe rol in die vorming daarvan gespeel het of nie.

'n Verdere punt van kritiek is die feit dat die hof nie na vorige appèlhof-beslissings aangaande die onderwerp verwys nie. Reeds in *Rex v Lionda*<sup>20</sup> het waarnemende appèlregter Davis die stelling gemaak dat

'...the [war] regulation must not be read standing alone, it must be read against the background of international law, more especially that law as expounded by Roman Dutch writers.'

Volgens Professor Booysen is die belang van die *Nduli*-beslissing daarin geleë dat die hof dit duidelik stel dat volkereg nie uit eie krag in ons reg geld nie en ook nie groter regsrag in ons reg het as die gemene reg nie. Die hof beklemtoon die soewereiniteit van state en dat dit die Suid-Afrikaanse reg is wat in Suid-Afrika geld. Die Suid-Afrikaanse reg kan wel die standpunt huldig dat die volkereg as deel van ons reg beskou moet word, maar dan is dit ook net sodanige volkereg as wat universeel erken word of waar Suid-Afrika toegestem het. Alhoewel die hof dit nie so ingesien het nie, het die saak volgens hom gegaan oor 'n volkeregtelike staatshandeling van die uitvoerende gesag en behoort die toepassing van die volkereg weens die prerogatief van die uitvoerende gesag uitgesluit te gewees het.

Booyesen haal geen substansiële gesag aan ter ondersteuning van bostaande aannames nie.

Booyesen se stelling dat die ongemagtigde arrestasie van *Nduli* en andere 'n volkeregtelike staatshandeling daarstel, is ongegrond. Geen gesag bestaan vir die aanname dat sodanige arrestasies volkeregtelike staatshandeling is nie, en dat die toepassing van die volkereg weens die prerogatief van die uitvoerende gesag uitgesluit behoort te gewees het.

Dit is 'n feit<sup>21</sup> dat 'n staat aanspreeklik gehou kan word vir die *ultra vires*-handelinge van sy beamptes binne die omvang van hulle gesag. Die senioriteit

<sup>18</sup>D.J. Devine *Recognition, Newly Independent States and General International Law* 1984 SAYIL 18 op 20 vn 8.

<sup>19</sup>*Inter-Science Research and Development v Republica Popular de Moçambique* 1980 2 SA 111 T op 125 A-B.

<sup>20</sup>1944 AA 348 op 352.

<sup>21</sup>D.J. Harris *Cases and Materials on International law* Hfst. 8 veral 387-388 3de uitg 1983.

van die beamptes, sowel as die plek waar sulke handelinge uitgevoer word, is irrelevant. State-aanspreeklikheid is gebaseer op status of kontrole. Die status van beamptes is die grondslag van aanspreeklikheid van die staat.<sup>22</sup>

Om so 'n growwe onregmatige handeling aan die uitvoerende gesag te wil toedig, is uiters onversigtig, juis omdat die voer van buitelandse betrekkings 'n delikate aangeleentheid is. Selfs die konserwatiewe uitspraak van Rumpff HR beklemtoon *obiter* dat indien so 'n handeling gemagtig was, die appellante se argument dat die hof nie oor die nodige jurisdiksie beskik om hulle te verhoor nie, meriete verdien.

Dit impliseer dat ook die Suid-Afrikaanse gemeenereg ondersoek sal moet word om die verhouding tussen die volkereg en die munisipale reg vas te stel.

Die tweede deel van die ondersoek sal oor die toepassing van die volkereg in Suid-Afrika handel. Eerstens sal die teoretiese grondslag van die reël dat die volkereg deel is van die Suid-Afrikaanse reg van nader beskou word. Die verskillende teorieë wat die verhouding tussen die volkereg en die munisipale reg reël sal kortliks bespreek word. Dit is van praktiese belang aangesien die verskillende leerstukke verskillende vereistes daarstel met betrekking tot die toepassing van die volkereg in die munisipale sfeer. Dit sal ook bepaal watter regstelsel voorrang behoort te geniet in gevalle waar konflik tussen die twee regstelsels bestaan.

Tweedens sal die huidige praktyk in Suid-Afrika, met verwysing na die posisie in Engeland ondersoek word. Aangesien daar geen grondwetlike bepalings bestaan wat die verhouding tussen die volkereg en die munisipale reg reguleer nie, is 'n vergelykende studie belangrik. Die regspraak sal noukeurig ondersoek word om te bepaal in welke mate die volkereg deur die hof toegepas word en watter waarde daar aan die volkereg geheg word. Die standpunte van veral verskillende Suid-Afrikaanse juriste ten opsigte van die toepassing van die volkereg deur die hof en die geldingskrag wat die volkereg in Suid-Afrika geniet, sal ook bespreek word.

Voor 1971 het die hof slegs geregtelik kennis geneem van die leerstuk dat gewoonteregtelike volkereg deel is van die Suid-Afrikaanse reg. Alhoewel dit nie eksplisiet as deel van ons reg beskryf is nie, hoef dit nie soos vreemde reg in ons hof bewys te geword het nie. Die praktyk moes dus gebaseer gewees het op die aanname dat die volkereg wel deel is van die Suid-Afrikaanse reg.<sup>23</sup>

In 1971 bevind die hof egter uitdruklik dat gewoonteregtelike volkereg deel van ons reg uitmaak. In *South Atlantic Islands Development Corporation Ltd. v Buchan*<sup>24</sup> verklaar regter Diemont as volg:

<sup>22</sup>I. Brownlie *System of the Law of Nations: State Responsibility* Part 1 1983 134-5; 183 soos aangehaal deur D.J. Devine *International Law Tensions Arising from the South African Situation 1976-1986* 1987 *Acta Juridica* 165 op 174 vn 49.

<sup>23</sup>R. Schaffer a w 296; J.W. Bridge *The Relationship between International Law and the Law of South Africa* 1971 *ICLQ* 746-7.

<sup>24</sup>1971 1 SA 234 K op 238.

'[A]lthough I am surprised that there is no decision in which a South African court had expressly asserted that international law forms part of our law, I would be even more surprised if there were a decision asserting the contrary ... In my view it is the duty of the court to assert and administer the appropriate rule of international law.'

Daar die algemene beginsel dat volkeregtelike gewoontereg deel van ons gemenereg uitmaak nou neergelê is, is dit steeds die taak van ons hof om die uitsonderings op die algemene reël vas te stel. Die derde deel van die ondersoek handel oor die bestaan al dan nie van beperkinge ten opsigte van die reël dat die volkereg deel van die Suid-Afrikaanse reg is. Die volgende kwalifikasies, soos reeds in die Engelse reg uitgekristalliseer, sal met verwysing na toepaslike regspraak ondersoek word:

- Suid-Afrikaanse wetgewing.<sup>25</sup> Wetgewing geniet altyd voorkeur bo die gemenereg, mits dit duidelik en ondubbelsinnig is.
- Die *stare decisis*-beginsel. As gevolg van Lord Denning se uitspraak in *Trendtex Trading Corporation v Central Bank of Nigeria*<sup>26</sup> word die beginsel nou ook in Suid-Afrika meer buigsaam aangewend.
- Staatshandeling (die sogenaamde *acts of state*)<sup>27</sup>
- Uitvoerende sertifikaat.<sup>28</sup>

<sup>25</sup> *Alexander v Pfau* 1902 TS 155; *S v Ramotse* ongerapporteerde TPA 14 September 1970; *Leibowitz v Schwartz* 1974 2 SA 661 T.

<sup>26</sup> [1977] 2 W.L.R. 356 (A). Vergelyk regter Margo in *Inter-Science Research and Development Services (Pty) Ltd. v Republica Popular de Moçambique* 1980 2 SA 111 T 124-5 en regter Eksteen in *Kafraria v Government of the Republic of Zambia* 1980 2 SA 709 E 715.

<sup>27</sup> *Van Deventer v Hancke en Mossop* 1903 TS 401; *Sachs v Dönges N.O.* 1950 2 SA 265 A 281.

<sup>28</sup> *Inter-Science Research and Development Services (Pty) Ltd. v Republica Popular de Moçambique* 1980 2 SA 111 T op 117-8; *S v Devoy* 1971 1 SA 359 N 362.

## Hoofstuk 2

# Romeinse Reg en Volkereg

### 2.1 Agtergrond

Daar bestaan wel kritiek teen die dikwels onnodige gebruik om elke regsondersoek met die Romeinse reg te begin.<sup>1</sup> Hoofregter Rumpff se stelling,<sup>2</sup> dat Romeins-Hollandse reg die *fons et origo* is van die reël dat volkereg deel vorm van Suid-Afrikaanse reg, noodsaak egter 'n ondersoek na die rol van Romeinse reg.<sup>3</sup>

Volgens tradisie het Rome in 753 v.C. tot stand gekom. In die daaropvolgende eeue (tot 476 n.C. in die Weste en tot 1453 n.C. in die Ooste) het die Romeinse reg twee rolle vervul: eerstens was dit die reg van Rome en tweedens van die hele Romeinse Ryk. Die eerste lewe van die Romeinse reg het in die sesde eeu n.C. met Justinianus se kodifikasie tot 'n einde gekom. Volgens oorlewering word die regsboeke van Justinianus in Noord-Italië vyf en 'n half eeue later herontdek en neem die tweede tydperk in die Romeinse reg in aanvang.

Tot 510 v.C. is Rome deur konings regeer. In die daaropvolgende periode ontwikkel die Romeinse Republiek tot 'n klein stadstaat wat hoofsaaklik op landbou gebaseer was. Die tydperk 510—287 v.C. is grootliks gewy aan die interne stryd tussen die adel en die werkersklas. Die stryd kom tot 'n einde met die aanvaarding van die *Lex Hortensia*, (287 v.C.) wat aan 'n *plebiscitum* ('n volksbesluit) die krag van 'n *lex* (wet) gegee het.

<sup>1</sup>R. Zimmermann *Synthesis in South African Private Law: Civil Law, Common Law and Usus Hodiernus Pandectarum* 1986 SALJ 259 op 261.

<sup>2</sup>*Nduli and Another v Minister of Justice* 1978 1 SA 893 A op 906B.

<sup>3</sup>Die volgende algemene werke is geraadpleeg Barry Nicholas *An Introduction to Roman Law* 1979; J.E.S. Fawcett *The Law of Nations* 2e uitg 1971; J.L. Brierly *The Law of Nations* 6e uitg 1963; C.P. Sherman *Roman Law in the Modern World* 2e uitg 1924; A. Nussbaum *A Concise History of the Law of Nations* 1954; J.H.W. Verzijl *International Law in Historical Perspective* I 1968; W. Preisner, S. Verosta, H-U Scupen, W.G. Grewe, O. Kimminich *Encyclopædia of Public International Law* 7 1984.



Die amp van *praetor urbanus* is in 367 v.C. gevestig. Die *praetor* was verantwoordelik vir die administrasie van die *ius civile*, die burgerlike reg. Onder die *ius civile* word *mores majorum* verstaan, dit wil sê, die oorgeërfde sedes van die voorvaders soos aangevul deur wetgewing. Geen vreemdeling of nie-burger kon in die hof van die *praetor urbanus* verskyn het nie. Die Romeinse reg was persoonlik: 'n Romeinse burger was, ongeag van waar hy hom ookal bevind het, onderhewig daaraan. Die reg het spesifieke kenmerke besit: dit was formeel, onbuigsaam en persoonlik. Vanaf die vierde eeu v.C. het Rome hom op gebiedsuitbreiding toegespits en teen 272 v.C. die hele Italië beheer. Dit gee aanleiding tot 'n toenemende handelsverkeer met vreemdelinge. Die resultaat hiervan was die instelling van die amp van *praetor peregrinus* in 242 v.C., wat jurisdiksie gehad het in gevalle waar ten minste een van die partye 'n vreemdeling was.

Dit is belangrik om daarop te let dat die Romeine onder *ius civile* 'burgerlike reg' verstaan het, en nie 'privaatreg' soos in die moderne regsterminologie nie.<sup>4</sup> Die strenge onderskeid wat vandag tussen privaatrecht en publiekrecht gehandhaaf word, het nie in die Romeinse reg bestaan nie.<sup>5</sup> Justinianus se *Corpus Iuris Civilis* (529–534 n.C.) bevat in die kodifikasie 'n groot deel Romeinse publiekrecht. As gevolg van sy verheerliking van keiserlike gesag verskaf die deel van die Romeinse reg die gesag en juridiese middels vir die opkoms van absolutisme gedurende die sestende en sewentiende eeue, maar andersins is die belangrikheid van die Romeinse publiekrecht beperk tot die politieke en regsgegeskiedenis van die antieke Romeinse Ryk. Die verhouding tussen die 'staat' en owerheid aan die een kant, en die onderdaan aan die ander kant, was nie 'n regsverhouding nie. Die onderdaan het geen regte gehad nie, maar was wel 'n onselfstandige deel van die geheel. Ons staatsreg verskil juis van die Romeinse *ius publicum* deurdat die 'staat' in die Romeinse ryk nie deelgeneem het aan die privaatrechtelike verkeer nie. In die Romeinse reg is die woord staat nie selfstandig gebruik nie, maar saam met ander woorde, byvoorbeeld *status rei Romanae*. Die woord 'staat' het oor die algemeen die maatskaplike stand of posisie aangedui. Hoewel die onderdaan geen regte teenoor die owerheid gehad het nie, het die Romeine wel teorieë gehad omtrent die oorsprong van die staatsgesag.<sup>6</sup>

Ten spyte van die *bellum socii* van 91–88 v.C., het die gebiedsuitbreiding voortgeduur, en het die grense van Rome uitgebrei tot aan die Engelse Kanaal, die Ryn, die Donau en die Eufraat. Die herstel van vrede en konstitusionele regering word in 27 v.C. deur Augustus teweeggebring. Dit lei die era van die Romeinse Keiserryk in. Talle vreemde gemeenskappe met hul eie sosiale en godsdienstige gebruike moes binne die Romeinse regeringsstelsel geakkommodeer word. Daarbenewens stroom talle vreemdelinge na Rome om handel te dryf of daar te lewe.

Die Romeinse reg ontwikkel nou langs paralelle lyne: daar was die reg vir burgerlikes, die *ius civile*, en dan was daar die nuwe reg vir nie-burgers,

<sup>4</sup>C.P. Sherman a w 38 vn 23.

<sup>5</sup>M.P. Gilmore *Argument from Roman Law in Political Thought* 1200–1600 1941.

<sup>6</sup>M. Wiechers *Verloren van Themaat Staatsreg* 3e uitg 1981 5, 13–4.

(vreemdelinge en nie-subjekte), die *ius gentium*. Die *ius civile* was saamgestel uit statute en gebruike wat die krag van wet gehad het. Die *ius gentium* was afkomstig vanaf die magistrate wat grootliks op die *ius civile* en die reëls bekend aan alle nasies, gesteun het. Met die uitbreiding van burgerskap aan alle vrye inwoners van die Keiserryk deur Caracalla in 212 n.C., het die twee regstelsels saamgesmelt en het die *ius civile* in die verfyningproses sy plaaslike engheid en formele sterkte verloor. Die gesamentlike produk het die regswetenskap van 'n wêreld geword: 'n universele en nie meer 'n plaaslike reg nie.

Die *ius naturale* vind inslag in die Romeinse reg via die *ius gentium*. Die *ius gentium* en *ius naturale* is deur Gaius<sup>7</sup> as sinoniem beskou. Gaius begin sy *Institute* met die woorde:

'Every people that is governed by statutes and customs applies partly its own peculiar law and partly law which is common to all mankind. For the law which each people establishes for itself is peculiar to it and is called *ius civile* as being the special law of that state (*civitas*); but the law which natural reason establishes among all mankind is observed equally by every people and is called *ius gentium* as being the law applied by all nations (*gentes*). And so the Roman people applies partly its own peculiar law and partly that which is common to all mankind.'

Die *ius gentium* was meer buigsaam as die *ius civile*; daarom het dit ook bekend gestaan as *ius aequum* of *aequitas*. Die Romeine het dus die *ius gentium*, *law of nations*, as 'n brug tussen die natuurreg en die spesifieke reg en dieselfde gebruike van verskillende volke ontwikkel.

Samevattend kan dus gesê word dat die historiese onderskeid tussen die *ius civile* en die *ius gentium* daarin geleë lê dat die *ius gentium* ook op plaaslike Romeinse reg gebaseer was. Dit het soms vreemde idees bevat, aangesien dit die verhouding tussen burgers en nie-burgers gereël het. Dit was egter privaatreg, want dit het die verhouding tussen individue wat aan die verskillende nasionaliteite van die Ryk behoort het uit die oogpunt van redelikheid en gelykheid, gereël. Dit was 'n rasonale veralgemening van die regsbeginsele wat erken is deur verskeie nasies of *gentes*, maar nie state nie, in die Middellandse See-gebied.

Die filosofiese onderskeid tussen die *ius civile* en die *ius gentium* kom na vore in die reeds aangegehaalde passasie van Gaius. Daarvolgens is die *ius civile* die reg wat elke nasie vir homself vasstel. Die *ius gentium*, daarenteen, geld tussen alle mense. Deur middel van die natuurlike rede gehoorsaam alle nasies dit — dit wil sê, universele reg. Die reg omvat onder andere die voer van buitelandse verhoudings, byvoorbeeld die reg op oorlog.

<sup>7</sup>GAI.I.1. (*Institute van Gaius* ongeveer 161 n.C.) Vertaling verkry vanuit B. Nicholas a w 54.

## 2.2 Die invloed van die Romeinse reg op die volkereg

Hoewel vele geskiedskrywers die standpunt propageer dat daar eers na die ontstaan van die moderne staatsbegrip van 'n volkeregorde gepraat kan word, het beide die begrippe 'n antieke basis. Die direkte sowel as die indirekte invloed wat die Romeinse reg op die volkereg uitgeoefen het, sal kortliks behandel word.

Deur regs- en historiese bronne is dit bekend dat antieke Rome se plaaslike reg ook buitelandse betrekkinge behartig het: die sogenaamde 'eksterne' plaaslike reg. Die mees beduidende deel van die 'eksterne' Romeinse reg is die argaïese *ius fetiale*, sakrale reëls ontwikkel deur 'n spesifieke groep priesters, die *fetiales*. Laasgenoemde was verantwoordelik vir die administrasie van godsdienstige seremonies wat gebruik is by die sluiting van verdrae, oorlog en ander eksterne sake rakende die gesantskapwese en uitlewering. Hul belangrikste bydrae lê in hul deelname aan die besluitnemingsproses of die Romeine 'n oorlog moet begin. Deur 'n ernstige en geformaliseerde prosedure te volg, moes hul besluit of die oorlog regverdig en godsvruchtig — *bellum iustum et pium* — sou wees om sodoende die guns van die gode te verseker. Die finale beslissing het egter by die senaat en die volk berus, maar die gebruik het 'n blywende indruk gelaat. Teoreties was die *ius fetiale* dus plaaslike Romeinse reg, 'n deel van die ongeskrewe Romeinse grondwet, maar omvat dit hipoteties 'n misdaad wat deur 'n vreemde volk teen die Romeine gepleeg kon word; dit wil sê 'n 'internasionale' element tree na vore. Dit is dan ook een van die grootste bydraes wat die Romeinse reg tot die volkereg gemaak het.<sup>8</sup>

Die Romeine het in 'n mate deelgeneem aan die oorgang van 'n 'eksterne' plaaslike reg tot 'n werklike volkereg. Die volgende voorbeelde dien ter illustrasie. Ambassadeurs is altyd as onskendbaar beskou en om hulle leed aan te doen was 'n verbreking van die reg (*ius gentium*). Persone wat die reël verbreek het, is oorhandig aan die gebied waarvandaan die ambassadeurs afkomstig was om na goeëddunke gestraf te word. Hoewel Rome nie die instelling van permanente afgevaardigdes gehandhaaf het nie, het die reël aangaande die onskendbaarheid van diplomate eerste by hulle voorgekom, dit wil sê, 'n vroeë voorloper van die latere volkeregreël.

Belangriker is die verdrae wat Rome met sy bure gesluit het: uit die verdrae het die Romeinse Keiserryk ontstaan. Die meeste beeld 'n eensydige karakter uit. Deur middel van die sluit van 'n bondgenootskap (*foedus*) erken die geallieerde nasie die superieure posisie (*majestas*) van Rome en onderwerp hy hom waarskynlik aan 'n formele beperking op sy reg om oorlog te voer. Die ongelike bondgenootskappe het *foedera iniqua* geheet. Daarnaas het die Romeine 'n hoogs eiesoortige vorm van oorgawe (*deditio*) ontwikkel, geskoei op die model van 'stipulasies', dit wil sê formele kontrakte wat uit die Romeinse privaatregh-praktyk ontwikkel het. Oorlog is ook deur *occupatio* beeindig.

<sup>8</sup>Nussbaum a w 11.



Die instelling van *postliminium*<sup>9</sup> het ter versagting van die gevolge van oorlog gedien: die terugkerende burger uit gevangenskap is beskou asof hy nooit 'n gevangene was nie; eiendom het weer aan die eienaar behoort, verowerde gebied het weer onder die geldingskrag van die Romeinse reg geval.

Die see en seestrand<sup>10</sup> was in beginsel vry ter benutting vir alle mense. Die Romeinse strandgebied was vir die Romeinse volk gepostuleer, blykbaar as teken van gebiedssoewereiniteit.

Romeinse reg verskaf ook 'n naam aan die nuwe dissipline: *ius gentium* (*law of nations, droit des gens*). In antieke Rome het dit 'n ander betekenis gehad: enersyds het dit 'n kwasi-kosmopolitiese segment van die plaaslike Romeinse reg omvat wat hoofsaaklik vir litigasie tussen en met vreemdelinge ontwerp is en andersyds het dit in 'n breër filosofiese sin 'n reg gemeenskaplik vir almal en alle nasies (byvoorbeeld die beskerming van eiendom) beteken. Dit was in laasgenoemde sin dat die *ius gentium* volkeregreëls soos die beskerming van afgevaardigdes ingesluit het.

Die probleme aangaande terminologie en betekenis is vererger deur die natuurregbegrip (*ius naturale; ius naturae*). Die Romeine steun op die Griekse tradisie en veral dan op die Stoïsynse filosofie. Volgens die Stoïsynse wil alle mense natuurlikerwys 'n *civitas maxima* skeep. Naas en oor die reg van elke gebied staan dus die natuurreg wat vir alle mense geld. Cicero<sup>11</sup> het net soos Gaius die *ius naturale* en die *ius gentium* as sinoniem beskou:

'For there is a bond of fellowship — although I have often made this statement, I must still repeat it again and again — which has the very widest application, uniting all men together and each to each. The bond of union is closer between those who belong to the same nation, and more intimate still between those who are citizens of the same city-state. It is for this reason that our forefathers chose to understand one thing by the *ius gentium* and another by the *ius civile*. The *ius civile* is not necessarily the *ius gentium*; but the *ius gentium* ought to be also the *ius civile*.'

Dit is duidelik dat Cicero se *ius gentium* nie die *ius gentium* van die *praetor peregrinus* is nie. Die feit dat Cicero 'n groot aanhanger van die filosofie was, het in 'n groot mate bygedra tot die aanvaarding daarvan in die Romeinse regswetenskap. Die Romeine het in navolging van die Stoïsynse en in teenstelling met Aristoteles aanvaar dat die mens van nature vry is en dat slawerny in stryd met die natuurreg is, alhoewel dit 'n instelling van die *ius gentium* is.<sup>12</sup>

Volgens Walker<sup>13</sup> verteenwoordig die idee van 'n universele reg, afkomstig van die amalgamasie tussen die *ius gentium* en die *ius naturale*, die mees

<sup>9</sup>Sien vn 21.

<sup>10</sup>Sien vn 22.

<sup>11</sup>Cicero *De Officiis* Boek 3 Hfst XVII §69. (Walter Miller se vertaling 1938.)

<sup>12</sup>B. Nicholas a w 55.

<sup>13</sup>V.T.A. Walker *A History of the Law of Nations* 1 1899 152.

gevorderde Romeinse publiekregbegrip. Hy wys egter verder daarop dat die twee begrippe, Romeins en Grieks, nie identies is nie. Slawerny is byvoorbeeld toegelaat ingevolge die *ius gentium*, maar selfs die deeglikste regsgeleerde sal huiwer om te erken dat dit in ooreenstemming met die natuurreg is.

Volgens Nussbaum<sup>14</sup> is die invloed van die natuurreg op die ewolusie van die volkereg tweesydig. Indirek is die natuurreg met die Romeinse filosofiese *ius gentium* geïdentifiseer. Die universele aanvaarding van enige gegewe reël is dikwels aanvaar as 'n aanduiding van sy natuurlikheid. Bewys hiervoor word in die reeds gemelde definisie van Gaius gevind met verwysing na die 'natuurlike rede.' Hoewel die verwysing na die 'natuurlike rede' mag gedui het op die eenheid van die twee begrippe, weerspreek Romeinse bronne dit. Die natuurregleerstuk het dus 'n verwarrende invloed uitgeoefen op die karakter van die *ius gentium*.<sup>15</sup>

Die ander invloed is meer direk:<sup>16</sup>

'The extreme vagueness, the venerability, and the assumed sanctity of natural law made that notion in later times a kind of magic wand for learned dialecticians to represent new ideas and demand as legitimate offspring of that time-honoured conception.'

Die volkereg is 'n uitstaande voorbeeld van die proses en die Romeinse reg die ideale stelsel om uitdrukking te gee aan die inhoud van die natuurreg. Dit blyk dus duidelik dat die Romeinse reg '*an indispensable tool in the early development of a doctrine of international law*'<sup>17</sup> was.

Die ontstaan van die Europese regswetenskap gedurende die elfde en twaalfde eeue in Bologna, Noord-Italië is vir die beskouing van die middeleeuse volkereg beslissend. Naas die verspreiding van Romeinse regstradisies deur die kerkvaders wat veral die leerstuk van regverdigde oorlog (*bellum iustum*) verkondig het, die oorname en ontwikkeling van die antieke definisies, veral van *ius naturae*, *ius gentium* en *ius civile*, tree nou die direkte gesag van die Keiserreg in die gekompileerde *Corpus Iuris Civilis* van Justinianus na vore. Vir die ontwikkeling van die moderne volkereg wat direk herleibaar is na die regskool van Bologna, bied die *Digesta* 'n reeks belangrike regsreëls aan.

Ulpianus<sup>18</sup> bespreek in D. 49.15.24 die instelling van *postliminium*. Volgens die Romeinse oortuiging is die see en seestrand in beginsel vry vir alle mense ter benutting.<sup>19</sup> Die verskillende vredesverdrae word bespreek in Pomp.D.49.15.5.2.

<sup>14</sup>Nussbaum a w 16.

<sup>15</sup>James Bryce *The Law of Nature in Studies in History and Jurisprudence* 11 1901 581. J. Brierly a w 17-18.

<sup>16</sup>Nussbaum a w 16.

<sup>17</sup>A. Nussbaum *The Significance of Roman Law in The History of International Law* 1952 *University of Pennsylvania Law Review* 681,687.

<sup>18</sup>*Hostes sunt, quibus bellum publice populos Romanus decrevit vel ipsi populo Romano: ceteri latrunculi vel praedones appellantur. et ideo quia latronibus captus est, servus latronum non est, nec postliminium illi necessarium est.*

<sup>19</sup>Marcian. D.1.8.2.1: *naturali iure omnium communi sunt illa: aer, aqua, profluens, et mare, et per hoc litara maris.*

Sien ook Bul. D.18.1.51: *Litora... nullius sunt, sed iure gentium omnibus vacant.*

Paulus D.49.15.19.1 verskaf aan die tydperk die toonaangewende definisie van wapenstilstand (*indutiae*).<sup>20</sup>

Gedurende die era ontstaan die eerste beginsels aangaande die internasionale verdragsregteorie.<sup>21</sup> Deur die glossatore word die reëls van die Romeinse private arbitrasie vir die regspraktik uitgebrei en lei dit tot die ontstaan van die moderne volkeregtelike arbitrasie.<sup>22</sup> Laastens het die glossatore vrae wat rondom die doenighede van diplomatieke afgevaardigdes ontstaan het, ondersoek. Die benaminge van sulke afgevaardigdes, *nuntii* en *procuratores*, weerspieël die direkte invloed van die Romeinse reg.<sup>23</sup>

Die kommentatore skep — tesame met die kanoniste van die era — die binding tussen die aanvang van die Westerse regswetenskap soos hanteer deur die glossatore en die uitbou van 'n moderne volkeregteteorie gedurende die sestiende en sewentiende eeue. Die grootste bydrae wat die kommentatore gelever het, was die ontwikkeling van 'n Europese *ius commune* wat in die praktyk bruikbaar was.

Deur samesmelting van die Romeinse en Teutoonse gewoontereg (met die Romeinse reg as die dominante faktor) het die resepsie van die Romeinse reg dwarsdeur Europa onafwendbaar geword.

Bartolus (1314–1357) lewer 'n groot bydrae deurdat hy hom nie net beperk tot die grense van die *populus Romanus* nie.<sup>24</sup> Die teenstrydigheid tussen die teoretiese *Imperium Romanum* en die regswerklikheid van sy tyd los hy op deur gebruik te maak van *de iure* en *de facto* heersers en laasgenoemde die praktiese besluite te laat neem. Dit voer die gedagte onwillekeurig na die moderne volke-regreël van effektiwiteit.<sup>25</sup> Die invloed van Bartolus was internasionaal — dit het oor groot dele van Europa gestrek en selfs Engeland en Skotland getref. Hy het nie net 'n gemene reg vir Italië geskep nie, maar kan ook beskou word as

‘the creator of the common law of Germany which sprang from the  
“reception” of Roman law into the German States.’<sup>26</sup>

Met die opkoms van die moderne diplomatie in die vyftiende eeu verskyn talle nuwe publikasies oor die gesantskapwese.

Die kommentatore het dus die oorgelewerde Romeinse regsbronne in vele opsigte vir die volkereg vrugbaar gemaak.

Die humanistiese regswetenskap wat in Frankryk die brug tussen die regs-geskiedenis en die regsdogmatiek gevorm het, skep die basis vir die moderne

<sup>20</sup>*Indutiae sunt, cum in breve et in praesens tempus convenit, ne inviolem se larcessant.*

<sup>21</sup>Vergelyk die Gl. *Paciscuntur* met betrekking tot D.12.14.5: *ut treugas, quae sunt in longum tempus. Item inducias, quae sunt in breve.* (Sit D.49.15.19.1: *Item foedera amicitiae aequae lia, vel inaequalia.* (Sit D.49.15.7.)

<sup>22</sup>J.H.W. Verzijl a w 444.

<sup>23</sup>D.E. Queller *The Office of Ambassador in the Middle Ages.*

<sup>24</sup>Vergelyk Comment.in Dig. Nov. Deel 11, bl. 637. (tot D.49.15.24)

<sup>25</sup>F.A. van der Heyde *Die Geburtsstunde des souveränen Staates* 1952 beklemtoon op 283 e.v. die regsreël van effektiwiteit as kenmerk van soewereine heerskappy in die middeleeue.

<sup>26</sup>Shermann a w 213, veral vn 103.

volkereg van die sestiende eeu.<sup>27</sup>

Moreel-teologiese oorwegings speel steeds 'n groot rol by Vitoria (1480-1546) as hy in *De Indis* 111.<sup>28</sup> die immigrasie- en nedersettingsvryheid van Spanje in Amerika uit die *ius gentium* aflei deur op I.1.21 te steun:

*'quod naturalis ratio inter omnes gentes constituit, vocatur ius gentium.'*

Die vervanging van *inter omnes homines* met die term *inter omnes gentes* dien egter nie as afdoende bewys vir die ontstaan van die volkeregtelike begrip nie. In die *Digesta* word die volgende formulering van Ulpianus<sup>29</sup> aangetref, sonder dat hy as die skepper van die moderne volkeregtelike begrip beskou word.

*'ius gentium est, quo gentes humanae utuntur.'*

Gentili<sup>30</sup> (1552-1608), vry van die Spaanse invloed, toon duidelik sy afkeer aan die humanistiese oordrywing. Dit laat sy werke as voorloper van die volkeregtelike positivisme baie modern voorkom. Hy verbreed die volkereg deur dit te sekulariseer. By hom word ook die vroeë suggestie van die latere idee gevind dat die volkereg deel is van die reg van die land:

*'everyone would be satisfied to be judged according to the jus gentium as found in the civil law.'*

Die voorlopers van Grotius bevestig daadwerklik — ten spyte van vele foutiewe premisse en gevolgtrekkings — dat die Romeinse reg 'n noodsaaklike rol vervul het ten opsigte van die ontwikkeling van 'n volkeregleerstuk.

Grotius verenig die beste kerklike en wêreldse tradisies van die middeleeue in sy werke, verryk deur die resultate van die politiek-juridiese en humanisties-juridiese skrywers van die vroeë moderne era. By hom is dit duidelik dat talle skynbare nuwigheide in werklikheid ou gebruike is.<sup>31</sup> Met Grotius begin 'n nuwe era in die geskiedenis van die Europese volkereg as gevolg van sy omvattende sistematiese daarstelling van die materiaal. Grotius het soos sy voorgangers die idees van die Romeinse privaatrecht gebruik om die verhoudings tussen state onderling te reguleer.<sup>32</sup> 'n Voorbeeld word gevind in die leerstuk van universele opvolging wat hy by wyse van die Romeinse reg aan die volkereg bekendgestel het.<sup>33</sup> Hy beklemtoon en ontwikkel veral drie basiese idees:

<sup>27</sup> Vergelyk die militêre en krygswerke van die Italianer Pierino Belli *Dere militari et bello tractatus* 1561 en die Spanjaard Balthasar Ayala *De iure et officiis bellicis et disciplina militari* 1582.

<sup>28</sup> *Relectio de Indis recenter inventis*.

<sup>29</sup> Ulp. D.1.1.1.4.

<sup>30</sup> In 1585 publiseer hy *De legationibus libri tres* en in 1598 sy werk oor oorlog, *De iure belli libri tres*.

<sup>31</sup> *De Iure*, Prol.40,48,53.

<sup>32</sup> T.J. Lawrence *The Principles of International Law* 7e uitg 1930 §36-39.

<sup>33</sup> D.P. O'Connell *The Law of State Succession* 1956 7 vn 1.



- dat soewereine state beskou behoort te word as 'n groep Romeinse grondeienaars;
- dat 'n verdrag 'n kontrak is waaruit verpligtinge voortvloei soos verpligtinge voortvloei *ex contractu* in die Romeinse reg;
- en dat state morele persone is wat aan die universele natuurreg onderworpe en gebonde is.

Grotius het dus op dieselfde grondslag as op die gebied van die privaatrek natuurregbeginsele tot die volkere reg uitgebrei.

Die kritiese beskouing van die middeleeuse romanistiese tradisie in die volkere regarena deur Grotius<sup>34</sup> ontwikkel as gevolg van die herontdekking van die antieke literatuur nuwe dimensies. Eers nou bestudeer juriste die literêre ooreowering van die antieke 'volkere reg', met die gevolg dat die Romeinse tradisie in die volkere reg aan die begin van die moderne era sterker as tevore was. Dit is beduidend dat Grotius dieselfde verwyte teen die middeleeuse juriste as teen die humanistiese hervorming koester. Volgens hom word volkere regtelike verdrae te ver na die Romeinse reg teruggevoer.<sup>35</sup>

Na Grotius skuif die Romeinse inslag oënskynlik op die agtergrond. Aan die een kant vind ontwikkeling vanaf Christian Wolff tot by Emerich de Vattel op so 'n wyse plaas dat vandag slegs 'n historiese spesialis die Romeinse oorspronge deur middel van *deductio* sal kan vind. Aan die ander kant ontwikkel die volkere regwetenskap in 'n humanisties-positiwistiese rigting wat begin is deur Gentili en voortgesit is deur Richard Zouche. Die ontstaan van die moderne volkere regtelike begrip is dan ook aan hom te danke.<sup>36</sup>

Die Romeins-humanistiese tradisie in die volkere regsfeer is ook in Nederland bewaar. Die unieke geskrifte van Cornelis van Bynkershoek<sup>37</sup> het groot invloed uitgeoefen in Europa. Die vele sitate uit die *Corpus Iuris Civilis* in sy werke is geen argaïese element nie, maar 'n lewendige bewys van die Romeinsregtelike tradisie wat nie minder behoue gebly het in die volkere reg as in ander areas van die publiek- of privaatrek<sup>38</sup> nie. In hoofstuk XIV van sy *Quaestionum iuris publica libri duo* (soos vertaal deur Tenny Frank), maak hy die volgende opmerking:

'... though so far as reason alone may apply, the rules of the law of nations may safely be drawn from Roman law.'

Die intensiewe wisselwerking tussen die Romeinse reg en die volkere reg het vir die hele Europa gegeld.

<sup>34</sup> *De Iure Belli ac Pacis*, Prol. 54.

<sup>35</sup> *De Iure* 2,16,31.

<sup>36</sup> Ter volledigheid: *Iuris et iudicii fecialis, sive iuris inter gentes, et quaestionum de eodem explicatio*. Pars 11 Sect 4: *De quaestionibus delicti inter eos qui buscum pac est*. Sect. 10: *De quaestionibus delicti inter eos qui buscum bellum est*. 1650.

<sup>37</sup> *De dominio maris dissertatio* 1702. *De fero legatorum* 1721. *Quaestionum iuris publica libri duo*, 1737.

<sup>38</sup> A. Nussbaum *Geschichte des Völkerrechts* 2e uitg 1960 186 e.v.

Daar die privaatreë oor die algemeen meer ontwikkel is as die volkeë, het dit altyd 'n tipe reserwe gevorm waaruit die volkeë kon put. Die eerste volkeëskrywers het op die Romeinse reg gesteun en die proses gaan voort, omdat 'n beginsel wat algemeen aanvaar word deur beskaafde regstelsels ook vir die handhawing van die reg in enige ander stelsel noodsaaklik is. So bevat artikel 38 van die Statute van die Internasionale Geregshof privaatreëbeginsels soos geadministreer deur die munisipale howe waar dit toepaslik is op internasionale verhoudinge. Artikel 38(1)(c) bepaal dan ook as volg:

'The Court, whose function it is to decide in accordance with international law such disputes as are submitted to it, shall apply:

(c) the general principles of law recognized by civilized nations;'

Ander voorbeelde van sulke algemene beginsels is onder andere verjaring, estoppel,<sup>39</sup> *res judicata* en *bona fides*. Nieteenstaande die noue verband tussen privaatreë en volkeë, leen die volkeë nie van die bron deur privaatreëtelike instellings in geheel oor te neem nie, maar soek dit by die privaatreë 'n aanduiding van 'n regsbeleid of -beginsel.<sup>40</sup>

Dit is dus duidelik dat die volkeë, soos beïnvloed deur die Romeinse reg, 'n integrale deel uitmaak van die toonaangewende Europese regsgeskiedenis waarvan die ontstaan in die klassieke antieke lê en wat ononderbroke ontwikkel het, veral gedurende die elfde eeu met die totstandkoming van die regskool te Bologna.

'n Belangrike aspek tree na vore, naamlik die feit dat die volkeë 'n stelsel van selfbewuste, outonome politieke state — ongeag hoe elementêr — benodig. Gedurende die Republikeinse era was Rome 'n mediterreense mag, dit wil sê Rome was een mag tussen baie ander in 'n primitiewe gemeenskap van 'beskaafde' gemeenskappe. In die era is die tyd ryp vir die werklike ontwikkeling van 'n internasionale reg. Dit vind egter nie plaas nie.

Met die oorgang van 'n Republiek tot 'n Keiserryk ondergaan Rome enorme territoriale en administratiewe uitbreidings wat die politieke toestand vir die verwesenliking van 'n universele reg daarstel en verdwyn die geleentheid vir die werklike ontwikkeling van 'n internasionale reg. Palmer<sup>41</sup> beskryf die impak hiervan as volg:

'The distinctive aptitude of the Roman lay in organization, administration, government and law. Never before had armies been so systematically formed, maintained over such long periods, dispatched at a word of command over such distances, or maneuvered so effectively in the field of battle. Never have so many people been governed from a single centre. The Romans had at first possessed self-governing

<sup>39</sup>D.L.7.25.

<sup>40</sup>Per Lord McNair *International Status of South West Africa* I.C.J. Reports 1950 148.

<sup>41</sup>R.R. Palmer *A History of the Modern World* 1959 9.

and republican institutions, but ... the governing talents which were displayed in the days of the Empire were of an authoritarian character ... talents not for self-governing, but for managing, coordinating parts of one enormous system. Locally, cities and city-states enjoyed a good deal of autonomy. But above them all rose a pyramid of imperial official and provincial governors, culminating in the Emperor at the top. The Emperor kept peace, the *Pax Romana* ... Lawyers worked on the body of principles known ever afterward as Roman Law.'

Romeinse imperialisme het tot 476 n.C. geduur, toe Rome finaal deur die 'barbare' van die Noorde verslaan is. Die mediterreense wêreld is herverdeel en Romeinse instellings in die Weste het uiteengespat.

Die sogenaamde personaliteitsbeginsel was kenmerkend van die vroeë Germaanse koninkryke. Dis die verskynsel waarvolgens elkeen volgens die reg van sy stam lewe, byvoorbeeld 'n Boergondiër volgens Boergondiese reg, ensovoorts. Wheaton<sup>42</sup> argumenteer heeltemal tereg dat die Romeinse reg nie totaal verdwyn het nie. Die Gote het die Romeine toegelaat om groot dele van hul grond te behou en daarbenewens was hulle steeds onderhewig aan die wette<sup>43</sup> waarvolgens hul vroeër geregeer is.

Die herstel van die Westerse Ryk onder Charlemagne (800 n.C.) het opnuut die grootste deel van die Europese nasies deur middel van gemeenskaplike wette, godsdiens, kerklike instellings, die gebruik van Latyn in alle openbare transaksies en die grootsheid van die imperiële naam, verenig.

Bloedvermenging lei daartoe dat die verskillende stamme hul identiteit verloor en hulself meer as bewoners van 'n bepaalde gebied beskou. Die personaliteitsbeginsel word nou deur die territorialiteitsbeginsel verdring. Dit lei die begin van die beweging na territorialiteit in. Die tendens is bevorder deur feodalisme, veral na die verdeling van die Frankiese Ryk in 843. 'n Wederkerige trouverhouding geld tussen die leenman en die leenheer: die leenman was aan die leenheer trou verskuldig en verplig om hom te volg in sy oorloë, terwyl die leenheer aan sy leenman beskerming verskuldig was. Dit gee aanleiding tot politieke verbodskeling: hoe magtiger die leenheer, hoe minder geneë was hy om gesag van ander oor hom te erken. 'n Samehorigheidsgevoel ontwikkel dus tussen die leenmanne wat die stamverband vervang en die gebiedsidee beklemtoon.

Van toe af vorm die Romeinse reg die gemene reg van die kontinentale gebiede wat vroeër Romeinse provinsies was en brei dit geleidelik uit na dele van

<sup>42</sup> *A History of the Law of Nations* 1845 31-32.

<sup>43</sup> Die belangrikste van die *leges Romanorum* van die Germaanse koninkryke was die *lex Romana Visigothorum* of, soos dit ook genoem word, die *Breviarum Alarici* wat in 506 n.C. afgekondig is. Tot die heroplewing van die Romeinse reg in Italië in die elfde eeu was die *Breviarum* die belangrikste kenbron en draer van die Romeinse reg in die Weste. Vir die Romeine in die Boergondiese ryk is 'n *lex Romana Burgondionum* opgestel. Anders as die *Breviarum* gee die Boergondiese *lex Romana* 'n verwerking van die bronne. Dit verloor sy gesag toe die Boergondiese ryk deur die Franke verower is (534 n.C.) en word met die *Breviarum* vervang.

Duitsland anderkant die Donau en die Ryn, waar Rome nooit vantevore 'n *dominium* kon gevestig het nie. Die territoriale regte was gebaseer op gewoontereg wat uit Romeinse en Germaanse reg bestaan het.

Ondanks die negatiewe effekte van die oorkoepelende en feodale regte, was daar ontwikkelingsruim vir 'n volkereg. Sulke reg tree veral na vore tussen die stede buite die Ryk, sowel as Engeland, Frankryk, Swede, Portugal, Kastilië, Aragon en Venesië. Prinse en munisipaliteite van die Ryk het hoofsaaklik ooreenkomste onderling gesluit; maar, soos die keiserlike gesag afgeneem het, het hulle ooreenkomste met buite-heersers begin sluit — veral met die Italiaanse gemeenskappe soos Pisa, Genoa en Milaan. Duitse stede het ook aan die regsverkeer deelgeneem.

Gedurende die tiende en elfde eeue tree die stede in Frankryk en Italië op die voorgrond deurdat hulle mag en rykdom verwerf het as gevolg van die handelsopbloei. Die groot stad-state het 'n fyn uitgewerkte stelsel van intermunisipale ooreenkomste, veral op die kommersiële gebied gehad. Verdrae oor doeantarië, die beskerming van die eiendom van vreemde burgers tree na vore.

Die Italiaanse stede het egter ook verdragsbetrekkinge van 'n 'internasionale' aard ontwikkel. Ooreenkomste is byvoorbeeld tussen Italiaanse en naburige Franse munisipaliteite, soos Narbonne, gesluit. Belangriker is die ooreenkomste wat vanaf die twaalfde eeu tussen die Italiaanse maritieme stede, byvoorbeeld Venesië en Genoa en die Bisantynse Keiser gesluit is. Die stede het ook verdrae met Oosterse prinse, Christene en Mohammedane, insluitend die heersers van Egipte, Tunisië en Sirië gesluit. Die verdrae was hoofsaaklik kommersieel van aard en het onder andere voorsiening gemaak vir wedersydse beskerming teen seerowery.

Stedelinge het verenigings gestig om hul posisies te versterk en daarin geslaag om voorregte vir die stede van die gebiedsheersers te beding in ruil vir geld of ondersteuning. Sodoende verwerf die stede byna volkome onafhanklikheid. Tot ongeveer die middel van die veertiende eeu was die stede *de iure* onderhewig aan die algemene wette van 'n hoër gesag, die Keiser. Alhoewel dit prakties weinig effek gehad het, is die bondgenootskap eksplisiet erken. Binne die stede ontwikkel dan ook 'n eie gewoontereg wat dikwels opgeteken is en wat deur wetgewing aangevul is in die gevalle waar wetgewingsbevoegdheid deur gebiedsheersers verleen is.

Waar die Hervorming godsdienstige en linguïstiese pluralisme bevorder het, het die nuwe konsep van staat en prinslike mag gedurende die *Renaissance* ontwikkel. Dit het tot die totstandkoming van die nuwe gesentraliseerde stad-state geleid waaruit die latere nasie-staat gegroei het, ten minste in Wes-Europa. Die absolute monarge het die verskeie feodale en plaaslike trouverhoudings vernietig en daardeur die integrasie van alle lojaliteite onder een sentrale mag moontlik gemaak. Die groeiende ekonomiese interafhanklikheid het groter territoriale eenhede vereis as wat die feodale eenhede, stede en prinsaliteite van die voorafgaande tydperk kon verskaf. Slegs die groter eenhede kon die nodige ruimte verskaf aan die opkomende middelklas met sy ondernemingsgees. Die gesen-



traliseerde state soos geskep deur die Tudors in Engeland en Lodewyk XIII in Frankryk was egter nog nie nasie-state nie; die koning was steeds die staat. Eers in sewentiende eeuse Engeland en gedurende die 1789 rewolusie in Frankryk het die staat 'n nasionale staat, 'n vaderland geword. Die nasie, en nie langer die koning was verantwoordelik vir die voortbestaan van die staat.

## 2.3 Die Europese *Ius Commune*

Die uitbreiding van die kanonieke reg en die resepsie van die Romeinse reg is 'n Latynse fenomeen eerder as die resultaat van 'n enkele Europese nasie.<sup>44</sup> Dit kan toegeskryf word aan die feit dat Europa tydens die middeleeue 'n kulturele eenheid gevorm het. Die regsgeskiedenis van Europa dui op 'n wisselwerking tussen die enkele regsgebiede wat enersyds enkele instellings of wetenskaplike leerstellings en andersyds totale regsisteme beïnvloed het.<sup>45</sup> Die ineenstrengeling maak Toynbee<sup>46</sup> se stelling oor die nasionale politieke geskiedenis ook van toepassing op die nasionale regsgeskiedenis:

'No single nation or national state of Europe can show a history which is in itself self-explanatory'.

Toynbee stel drie kriteria voor om die bestaan van 'n sinvolle eenvormige kultuurontwikkeling en die daaropvolgende eenvormige navorsingsgebied ten opsigte van 'n historiese wetenskap aan te dui:

- kultuurontwikkelings in verskeie gebiede en groepe kan as eenvormig beskou word en 'n 'intelligible field of study' daarstel, indien daar in die groepe gemeenskaplike reëls werksaam was,
- as intensiewe wedersydse beïnvloeding tussen die groepe plaasvind,
- as parallelle ontwikkelings in die verskillende groepe plaasvind.

Hy beskou die Christendom as die samevoegende faktor in die geskiedenis van Wes- en Sentraal-Europa. Die betekenis wat ander Europese state geheg het aan die politieke oriëntering en ontwikkeling van 'n enkele Europese staat dui op die wedersydse beïnvloeding. Die absolute vorste-state wat tydens die sestiende en sewentiende eeue in Europa ontwikkel het, weerspieël die parallelle ontwikkeling wat daar plaasgevind het.

Indien die vereistes oorgeprojekteer word op die regsgeskiedenis, sal die aanwesigheid van gemeenskaplike reëls in 'n gegewe kultuursfeer ondersoek moet word, dit wil sê of 'n eenvormige regsuitbou in die sfeer eenmalig voltrek is.

<sup>44</sup>E.R. Curtius *Europäische Literatur und Lateinisches Mittelalter* 1963.

<sup>45</sup>Byvoorbeeld die beïnvloeding van die Skotse verdragsreg deur die Romeins-Hollandse reg gedurende die sewentiende en agtiende eeue, asook enkele oornames soos die invoer van die GmbH as instelling in talle Europese lande na aanleiding van die Duitse GmbH wet van 1894.

<sup>46</sup>A.J. Toynbee *A Study of History Abridgement I* 1947 1.

Eenvormige wetgewing is natuurlik die belangrikste aanduiding van 'n eenvormige regstelsel, maar 'n eenvormige regsleer wat 'n *communis opinio doctorum* word, kan ook die basis van regseenheid aandui. Wedersydse beïnvloeding tussen enkele regsgebiede of regsfeere is duidelik by die sogenaamde resepsie waarneembaar, dit wil sê, waar een regsgebied die gesamentlike of spesifieke norme van 'n spesifieke gebied van 'n ander regsgebied oorneem. Die oorname van enkele instellings of oplossings tussen nasies onderling, dui ook op wedersydse beïnvloeding. Die bestaan en oplos van verwante probleme tussen verskillende regsgebiede binne 'n vergelykbare tydverloop — sonder dat daar direk op gemeenskaplike basisse gesteun is — is 'n aanduiding van parallelle ontwikkeling.

Die bestaan al dan nie van 'n Europese *ius commune* sal nou aan die hand van Toynbee se kriteria getoets word. Gedurende die twaalfde eeu (indien nie reeds vroeër) het 'n herlewing van die studie van die Romeinse reg in Europa plaasgevind. Italië — en veral Bologna — was die middelpunt van die herlewing, maar dit het gou versprei na ander dele van Europa totdat bykans die hele Europa onder romeinsregtelike invloed verkeer het. Die geleidelike oorname van romeinsregtelike beginsels staan bekend as 'infiltrasie', terwyl die grootskaalse oorname van sodanige beginsels 'resepsie' genoem word. Die belangrikste gevolg van die romeinsregtelike beïnvloeding was dat die Europese regstelsels al nader aan mekaar beweeg het, totdat 'n stadium bereik is toe daar van 'n 'Europese gemenerereg' of *ius commune* gepraat kon word.<sup>47</sup>

Die herlewing van die Romeinse reg en sy bronne gedurende die twaalfde eeu was 'n juridiese *Renaissance*. Redes vir die herlewing is veelvuldig. Vanweë die feit dat die beginpunt daarvan in Noord-Italië was, word dit dikwels gekoppel aan die geweldige vooruitgang van die Lombardiese stede op alle terreine van

<sup>47</sup>Friedrich Carl von Savigny het reeds die Romeinse reg as Europese gemenerereg aanvaar. Vergelyk *Geschichte des römischen Recht im Mittelalter* 182,183:

'Das römische Recht... hatte schon im römischen Staate selbst die mannichfaltigsten Entwicklungen erlebt, und konnte in der Allgemeinheit und Abgeschiffenheit, die es dadurch erlangt hatte, auf verschiedensten Zustände angewendet werden. So war es zwar seiner äusseren Geltung nach persönliches oder Volksrecht, seiner inneren Natur nach aber allgemeines Recht, wie es denn in gewissen Sinne wirklich gemeines Recht von Europa geworden ist.'

Sien verder: R. Feenstra *Romeins Recht in Europese Rechtswetenschap* in 1974 *Coniectanea Neerlandica* 101-137; H.R. Hahlo & E. Kahn *The South African Legal System and Its Background* 1968 op 492; J. Kerr Wylie *Roman Law as an element in European culture* 1948 *SALJ* 3-13, 201-212, 349-361; H. Coing *Die europäische Privatrechtsgeschichte der neueren Zeit als einheitlicher Forschungsgebiet. Probleme und Aufbau* 1967 *Ius Commune* 1 1-23; — *Die ursprüngliche Einheit der europäischen Rechtswissenschaft* 1968; G. Schwarzenberger *European Common Law in 1973 Current Legal Problems* 26 114-130; D.H. van Zyl *Geskiedenis van die Romeins-Hollandse reg* 1979 7-8, 265-289; R. Zimmermann *Synthesis in South African private law: Civil law, Common Law, and usus hodiernus pandectarum* 1986 *SALJ* 259-89; J.H.W. Verzijl *Western European influence on the foundation of international law in 1955 International Relations* 1 137-146; Otto Kimminich *Einführung in das Völkerrecht* 1983; B.V.A. Röling *Europees Volkenrecht of Wêreldvolkenrecht? Jaarboekje 1957/58 Vereniging voor Internationale Rechtsorde*.

die lewe. Die aansienlike welvaart na aanleiding van die interne en eksterne handelsoopbloei het 'n meer effektiewe regsbedeling vereis. Die Romeinse reg was die aangewese middel.

Die bestaande gewoontereg wat voldoende was vir 'n feodale gemeenskap kon nie in die behoeftes van 'n gemeenskap waar toenemende handelsverkeer en kulturele vooruitgang tot allerlei ontwikkelings op politieke en maatskaplike gebied aanleiding gegee het, voorsien nie. Dit was veral die regspraktyk met al sy fasette, wat gewissel het van die regbank tot die leunstoel-adviseur en die notaris wat 'n behoefte aan 'n meer gesofistikeerde regstelsel ondervind het.

Die toenemende letterkundige en filologiese belangstellings gedurende die vroeg-middeleeue het ook 'n rol gespeel in die herlewingsdrama. Dit was reeds gedurende die elfde eeu mode om die vrye kunste (*artes liberales*) baas te raak en om die redenaarskuns (*ars dictaminis*) met die oog op hofredes aan te leer. Na beraming was daar in 1269 ongeveer 1000 studente noord van die Alpe (die sogenaamde *Ultramontani*) aan die Universiteit van Bologna geregistreer.<sup>48</sup> Hulle is saamgegroeper in 'nasies'. Gedurende 1265 het twaalf sulke 'nasies' bestaan: Spanjaarde en Provensalers, Engelse, Pikardiërs en Boergondiërs, studente van Poitou, Touraine, Maine en Normandië, Katalaan, Hongare, Pole en Duitsers. Dit is dus nie verrassend dat die regsisteem wat in Bologna ontwikkel het, in 'n relatiewe kort tyd deur die hele Europa versprei het nie.

Universiteite kom ook in ander dele van Europa tot stand en teen die einde van die middeleeue het elke gebied sy eie regsfakulteit gehad.<sup>49</sup> Die wyse waarop die Romeinse reg in Bologna as regswetenskap aangebied was, het die basis gevorm waarvolgens die regsonderrig aan alle regsfakulteite in Europa georganiseer was.<sup>50</sup>

Selfs Engeland het nie die invloed van die Romeinse reg vrygespring nie. Die middeleeuse resepsie van die Romeinse reg in Engeland<sup>51</sup> kan teruggevoer word na die arbeid van die Lombardiër, Vacarius, wat na Engeland gegaan het om as raadgewer vir Theobald, Aartsbiskop van Canterbury op te tree. Vacarius het sy manuskrip van Justinianus se tekste saamgeneem en stig rondom 1149 die eerste Engelse regskool te Oxford, geskoei op dieselfde onderrigstelsel wat in Bologna toegepas is. Gedurende die dertiende eeu het Bracton<sup>52</sup> — vader van die Engelse *Common Law* — vrylik in sy werk op die *summa* van Azo, professor in Romeinse reg te Bologna, gesteun.

<sup>48</sup>H. Coing *Die juristische Fakultät und ihr Lehrprogramm 1973 Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte* 1 80 e.v.

<sup>49</sup>H. Coing a w 46 e.v.; H. Grindmann *Vom Ursprung der Universität im Mittelalter* 3e uitg 1958.

<sup>50</sup>Bepalend daarvoor was deels pouslike wetgewing, byvoorbeeld die *Bulle* van Clemens V van 1318 vir Rome en Perugia; deels kommunale statute en deels universitêre statute, byvoorbeeld die van Lerida (1300).

<sup>51</sup>C.P. Sherman a w 204-207.

<sup>52</sup>*De legibus et consuetudinibus Angliae*, gepubliseer ongeveer 1256.

Die oudste regs fakulteite stel opleidingssentra daar vir die hele Europa en oral word die *ius utrumque* onderrig.<sup>53</sup>

Die kanonieke reg lewer tesame met die Romeinse reg 'n belangrike bydrae tot die ontwikkeling van 'n eenvormige Europese regswetenskap aangesien hulle mekaar wedersyds beïnvloed het: 'The imperial mother and her papal daughter were fairly good friends.'<sup>54</sup> Die kanonieke reg kan omskryf word as die geheel van regsreëls en regsverordeninge wat deur die Christelike kerk of die kerklike gemeenskap daargestel en ontwikkel is met die oog op die reëling van sake wat eie aan die kerk in sy geestelike sfeer is, of wat voortspruit uit die verhouding tussen die kerk en staat of die kerk in die sekulêre sfeer buite die normale kerklike grense<sup>55</sup>. Eenvormige regsuitbou vind plaas as gevolg van eenvormige wetgewing en praktyke van die Rooms-Katolieke kerk sedert die twaalfde eeu. Die kanonieke reg geniet as gevolg van die eenheid van die kerk in al die katolieke lande van Europa regskrag, insluitend Engeland en Skandinawië.

Kanonieke reg word vroeg reeds naas die Romeinse reg as vak aan die middeleeuse universiteite aangebied. Geestelikes bestudeer graag die reg<sup>56</sup> en was gewoonlik goed bekend met die *Corpus Iuris Civilis*. Die kerk het 'n belangrike bydrae gelewer tot die behoud van die Romeinse reg. Geskrifte het ook gepoog om die Romeinse reg by die behoeftes van die kerk aan te pas, byvoorbeeld die *lex Romana canonice compta* uit die neënde eeu. Dit het uittreksels uit die *Institutiones*, *Codex* en *Novellae* bevat en was bestem vir die onderrig van geestelikes in die Romeinse reg. Gratianus het in 1140 'n belangrike bydrae op die gebied gelewer. Hy het in Bologna sy opleiding ontvang en publiseer omstreeks 1140 die bekende *Concordia Discordantium Canonum Gratiani*, oftewel die *Decretum Gratiani*. Dit bevat benewens 'n versameling van die bronne van die kerkreg ook heelwat Romeinse reg. Daarbenewens het talle grawe van Brabant, Luxemburg en Linburg in Italië studeer waar die *Corpus Iuris* as gesaghebbend beskou is. Die resultaat is dat Justinianus die plek van Theodosius onder die geestelikes inneem. (Laasgenoemde verdwyn totaal in die dertiende eeu). Op die wyse help die kanonieke reg die verspreiding van die privaatreë aan.

Die geleerde juristestand gee aanleiding tot geleerde howe. Aan die spits was die kerk met die *Offizialaten* wat reeds sedert die twaalfde eeu bestaan. Die stad-state van Italië<sup>57</sup> volg spoedig die voorbeeld en later dan ook Frankryk. Onder die invloed van die geleerde juriste brei die wetgewingsproses in sowel die kerklike as die sekulêre sfeer geweldig uit. Vooraan is die kerk met sy dekrete

<sup>53</sup>Die volgende Europese universiteite kom as volg tot stand: Bologna – 1100; Parys – 1200; Padua – 1222; Orleans – ongeveer 1230; Praag – 1356; Wenen – 1365; Heidelberg – 1388; Keulen – 1389; Erfurt – 1392; Kopenhagen – 1478.

<sup>54</sup>F. Pollock & F.W. Maitland *The History of English Law before the time of Edward I* vol 1 2e uitg 1898 116.

<sup>55</sup>Van Zyl a w 160 vn 165.

<sup>56</sup>So ontbied Frederick Barbarossa in 1158 vier studente van Irnerius, die beroemde professor in Romeinse reg te Bologna, na sy Raad van Roncali.

<sup>57</sup>'n Statuut van Modena het bepaal dat niemand *iudex* kon word wat nie kon bewys dat hy minstens vyf jaar ononderbroke die *leges* bestudeer het nie.



wetgewing. Die uitbreiding in die sekulêre sfeer vind vanaf die dertiende eeu plaas.<sup>58</sup> Met die splitsing van die kerk verval die eenvormigheid rakende die wetgewing.

Die ontwikkeling het tot sosiale veranderings gelei. Graduandi van al die regskole het 'n nuwe sosiale groep gevorm, die sogenaamde 'geleerde' juriste, wat vroeg reeds verskeie sleutelfunksies oorgeneem het; eers in die administrasie van die kerk, maar toenemend ook in die verskeie koninkryke, stede en prinsipaliteite. Die reg wat hul toegepas het, was die reg wat hul aan die universiteit bestudeer het: 'n reg wat soveel ryker blyk te wees, in detail sowel as in beginsel, as enige ander plaaslike wette of gewoontes. Uiteindelik was dit die verpersoonliking van beide *ratio* en *aequitas*. Plaaslike wetgewing, ou territoriale gewoontes en die *ius modernum* amalgameer in die *ius commune*.<sup>59</sup>

Alhoewel die verskillende lande met die verloop van die tyd die leiding neem het ten opsigte van die verfyning van die akademiese studie of die praktiese aanwending van die Romeinse reg, was die algemene ontwikkelingspatroon oral dieselfde. Daar blyk ook nie 'n fundamentele verskil te wees tussen 'n resepsie *in complexu* (soos in die Duitse Ryk) en 'n resepsie *non ratione imperii sed imperio rationes* (soos in die res van Europa). Die geleerde juriste in die ander lande het die Romeinse reg soos Duitsland toegepas deur die plaaslike wetgewing binne die raamwerk van die *ius commune* toe te pas. Gedurende die middeleeue was die reg nooit as eksklusief tot 'n bepaalde gebied geag nie. Dit was natuurlik om 'n reël van enige gesaghebbende werk te aanvaar en aan te pas sonder om te diep oor die legitimiteit daarvan te dink.<sup>60</sup>

Die ontwikkeling en toepassing van die *ius commune* in Europa strek vanaf die middeleeue tot die era van die *usus modernus*. Alberico Gentili het byvoorbeeld te Pisa studeer, maar word professor te Oxford, Engeland. Pufendorf, 'n Duitser, was weer professor te Lund. Teen die einde van die sewentiende eeu het Grotius se *De iure belli ac paci* reeds veertig uitgawes in Duitsland, Holland en Italië gesien.<sup>61</sup>

Dit was ook op Europese vlak dat daar veranderinge ten opsigte van die *ius commune* plaasgevind het, byvoorbeeld die nuwe opvatting rakende reg en staat, staat en heersersamp, deurdat die reëls wat toe deur 'n heerser uitgevaardig is, as regsreëls beskou is.<sup>62</sup> Hiervolgens het die heerser die reg tot *iura candere ac interpretari*, 'n nuwe opvatting in die positiewe reg gehad.

Die ontwikkeling van state wek 'n reeks parallelle ontwikkelings in wetgewing, regspraak en staatsorganisasie. 'n Kenmerk van die era (die middeleeue) is dan

<sup>58</sup>Friedrich II van Hohenstaufen vaardig in 1231 die *Liber Augustales* uit. Denemarke 1241 *Jytsche Reg*.

<sup>59</sup>Franz Wieacker *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* 2e uitg 45 e.v., 51, 97 e.v.; H. Coing *Roman Law as Ius Commune on the Continent* 1973 LQR 505 e.v.

<sup>60</sup>H. Coing *Allgemeine Grundlagen der Rechtsentwicklung* 1973 *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte* 1 25 e.v.

<sup>61</sup>Die statistieke is afkomstig uit H. Coing *Die ursprüngliche Einheit der europäischen Rechtswissenschaft* 1968 160 e.v.

<sup>62</sup>Sien Ernst Kantorowicz *The kings' two bodies* 1957. Gaines Post a w.

ook die konsolidering van die onderskeie prinsipaliteite. In al die Europese gebiede word 'n beampte-apparaat geskep waarop die absolute monarg gesteun het. Die ontwikkeling het reeds vroeër in Frankryk en enkele Italiaanse stad-state (veral Milaan) plaasgevind. Samehangend daarmee is die ontwikkeling van die 'geleerde' howe wat 'n verbinding tussen die administratiewe en juridiese funksies teweegbring. Die nuwe politieke organisasie het parallelle ontwikkelings in sowel wetgewing as regspraak na vore gebring. Die vaslegging van plaaslike regte vind op bevel van die territoriale prinse plaas. Dieselfde verskynsel word in die Duitse stede aangetref.

Naas wetgewing dui literatuur op 'n eenvormige regswetenskap. Literatuur is internasionaal en daarom word Italiaanse, Franse, Hollandse en enkele Duitse werke deur alle Europese juriste aangehaal.<sup>63</sup>

'n Uitbreidende werking word verkry met die totstandkoming van state. Die wetgewing van die tyd, die beklemtoning van nasionale reg en die betekenis wat geheg word aan die regspraak van die opperhowe bedreig die eenheid van die Europese regswetenskap. Tog vind wedersydse beïnvloeding nog plaas.<sup>64</sup> Die natuurregleerstuk vorm die basis van die rasionalisasieproses gedurende die agtiende eeu wat as internasionale beweging nuwe gemeenskaplike Europese idees oor die ordening van die gemeenskap en die reg uitlig. Die belangrike idee van 'n gemeenskap bestaande uit vrye en gelyke mense wat teenoor die feodale orde ontwikkel het, het nie net in die staatsreg veranderinge teweeggebring nie, maar ook in die privaatrecht, veral ten opsigte van vryheid en eiendom. Hierdeur word die Romeinse reg, soos ontwikkel gedurende die middeleeue, tot *usus modernus* uitgebrei. Nuwe regsdenkwyses ontwikkel. Liberalisme en sosialisme ontstaan as politieke en sosio-politieke ideë-strome. Duidelike en eenvoudige reëls word geboekstaaf. Dit gee aanleiding tot kodifikasie wat regsekerheid nastreef. As basis dien Grotius se *De iure belli* (1625). In Duitsland en Oostenryk lewer Pufendorf, Thomasius, Suarez, Martini en Zuller belangrike bydraes op die gebied; in Switserland, Barbeyrac en Vattel; in Frankryk, Voltaire; in Italië, Filangieri en in Engeland, Locke, Blackstone en Bentham.

Die geskiedenis van die nasie-staat sal kortliks bespreek word om aan te dui hoe dit met bogenoemde regsontwikkelings sinchroniseer.

Gedurende die onstuimige era van Charlemagne (768–814) ontwikkel die feodale stelsel geleidelik in Europa. Regdeur Wes-Europa is die land geleidelik, en op verskillende tye, in eenhede verdeel, bestaande uit heininglose velde wat deur die werkersklas in gemeenskappe bewerk is. Met die dood van Charlemagne verbreek die Ryk. Ingevolge die Verdrag van Verdun (843) is die Frankiese Ryk in drie dele verdeel wat aanleiding gegee het tot die geleidelike opkoms van die verskillende state van Europa. Die verdrag gee ook aanleiding tot 'n

<sup>63</sup>So geniet die *Labyrinthus Creditorum* van Salgado de Samoza (1653), die werk van 'n Spaanse regter, groot aanhang in Duitsland. Vergelyk Wilhelm Endemann *Das Deutsche Konkursverfahren* 1899 10,11.

<sup>64</sup>Vergelyk die Franse wetgewing oor bewys van bedrog (*Ordonnance von Moulins*, 1566) en die Engelse *Statute of Frauds* van 1672.

skeiding in die Karolingiese Ryk wat noodsaaklik was vir die ontwikkeling van die Franse en Duitse identiteite.

In 962 is Otto die Grote, 'n Duitse prins, as heerser van die Heilige Romeinse Ryk gekroon. Duitsland sou vir eeue weens sy noue en troebel verhoudings met Italië en Rome ly. Italië en Duitsland het eers gedurende die neëntiende eeu onafhanklike nasie-state geword, terwyl Engeland en Frankryk vroeg reeds onder die juk van die Heilige Romeinse Ryk uitbeweeg het op pad na nasiedom.

Slegs Duitsland, Boergondië en 'n groot gedeelte van Italië was veilig in die Ryk geïnkorporeer. Die Westerse magte — Frankryk, Engeland en die Christelike Koninkryke van Spanje — ontwikkel onafhanklik van die Ryk. Alhoewel hul die *auctoritas* van die Ryk respekteer het, is daar geensins in hul onafhanklike mag (*potestas*) gedeel nie. Desnieteenstaande het die Ryk as 'n magtige blok in die middel van die Weste 'n te dominante posisie gehandhaaf vir die totstandkoming van 'n gemeenskap van onafhanklike state. Dit is eers met die ineenstorting van die Ryk na die dood van Hendrik VI (1197) dat die weg geopen is vir die skep van 'n sisteem van Europese state waarvan die lede — die 'nasie-state' van die Weste en die gebiede van die Ryk wat in die loop van die dertiende eeu grootliks outonoom geword het — teen die einde van die eeu gegroei het uit die grootliks feodale koninkryke onder Christelike heersers tot werklike georganiseerde state met 'n administrasie wat aan kontrole onderhewig was en wat op 'n onafhanklike liggaam van regeringsamptenare gesteun het.

Tog het die Europese statesisteem nie al die kenmerke van die moderne sisteem besit nie. Telkemale is die eise van die ou universele magte om te heers, erken. Die stabilisasie van territoriale grense en die uitoefening van soewereiniteit is lank gestrem as gevolg van die hardnekkige oorlewing van die feodale sisteem van persoonlike plig. Die totstandkoming van die moderne staat, die ontwikkeling van die idee van onbeperkte en onbeperkbare soewereiniteit het reeds in die dertiende eeu in praktyk en teorie posgevat. Die formules, *rex, qui superiorem non recognoscit in terris* en *rex imperator in regno suo*, verskyn in religieuse en sekulêre literatuur van die era.

Die skeidslyn tussen die volkereg en die nasionale reg was tydens die hele periode baie vloeibaar, byvoorbeeld die *confoederatio cum principibus ecclesiasticis* (1220) waardeur die geestelike prinse ekstensiewe regte verkry het en die *statutum in favorem principum* (1231) wat dieselfde regte aan sekulêre prinse verleen het. Dit was bykans die reël in die areas in middel-Europa wat grootliks vry was van die invloed van die groot magte en kultureel die gevorderdste was — Noord-Italië, Switserland, Suidoos-Frankryk en later Suidwes-Duitsland — dat medium en klein heersers (sekulêr en geestelik), provinsies, stede en munisipaliteite met mekaar gehandel het as outonome 'soewereine' met onbeperkte magte.

Die groei van nasionale monargieë teen die middel van die vyftiende eeu is bewys van die mislukking aan die kant van die Kerk om 'n funksionele stelsel van universele reg te realiseer en sy onvermoë om die onsekerheid en verwarring van die middeleeue uit die weg te ruim. Die opkoms van die monargieë is verder

bewys van die nuwe denkrigtings wat oor die hele Europa posgevat het. Die ou Romeinse idee van *imperium* het homself nou in 'n nuwe gedaante gemanifesteer. Die eenheid van die wêreldryk buig die knie voor die eenheid van die nasie-staat, en die bestyging van Charles V na die troon van die Heilige Romeinse Ryk in 1519 kan as die begin van 'n nuwe era gesien word. David J. Hill<sup>65</sup> stel dit as volg:

'In conception, and by ancient law and tradition, the imperial office represented a universal sovereignty, resting on no territorial basis, but derived from the relation of human nature to its divine origin. To the medieval mind the Emperor was God's representative on earth for the execution of justice among men. By the close of the fifteenth century that conception had almost entirely passed away, and its place had been substituted the idea of territorial sovereignty, not, indeed, as a definitely established principle of public law, but as a practical condition. Whoever held a particular territory in his actual possession assumed over it the rights which the Emperor had formerly exercised. The kings and peoples of England, France, and Spain, as well as those of the Scandinavian and Slavic countries acknowledged no subordination whatever to the Emperor. Even in Germany, the imperial authority had been reduced to a merely nominal supremacy, while in practice the great princes ruled their lands as independant sovereigns.'

Die oorskakeling vanaf die middeleeue na die moderne tyd (1500–1648) is hoofsaaklik deur die Hervorming veroorsaak. Geen eenheid was moontlik in die Ryk sonder die eenheid van geloof nie, veral aangesien die Lutherse Protestantisme die mag van die prinse en ander lede van die Ryk vergroot het. Daaropvolgende oorloë verswak die mag van die Ryk en benadeel die posisie van Duitsland en Italië binne die sfeer van die christelike beskawing. Aan die ander kant het die ewolusie die opkoms van nasionale state, veral Frankryk, Engeland en Spanje begunstig.

Die begrip 'soewereiniteit' verdien ook aandag. Die voortvloei van die hedendaagse volkereg uit die *ius inter potestas* van die middeleeue is te danke aan die ontstaan van toenemend sterker gesentraliseerde staatsgebiede onder min of meer absolute heersers. Tegelykertyd ontstaan die moderne staatsbegrip as samevattende kenteken vir die sosiale fenomeen waar die uitsluitlike heerskappy van die heerser as draer van die staatsgesag oor 'n spesifieke staatsgebied waar mense hul bevind, erken word. Waar die Wes-Europese vorste van die middeleeue in 'n verdragregtelike verhouding met hul vasale gestaan het, bepaal die 'absolute' heersers van die sestiende-eeuse Europese state die verhouding met hul onderdane deur inhoudelike, ongebonde wetgewingsmag. Die begrip is

<sup>65</sup> A *History of European Diplomacy* 11 1906 349.



deur Bodin in sy werk *De la République* (1576) bekendgestel. Onder die invloed van, en ten gunste van die beleid van sentralisasie wat deur Louis XI van Frankryk (1461–1483), die stigter van die Franse absolutisme, geïnisieer is, definieer Bodin<sup>66</sup> soewereiniteit as *the absolute and perpetual power within a State*. Die proses van die 'soewereine' staatshoofde wat hul van ander munisipale magsdraers onderskei, vind vroeër en intensiewer in Wes-Europa plaas as in die Duitse Ryk waar talle groot Ryksgebiede eers deur die Vrede van Wesfale gemagtig is om met magte buite die Ryk te kontrakteer, terwyl die Keiser terselfdertyd in die naam van die Ryk buitelandse verhoudings kon aangaan. Die vredesverdrae wat in die Wesfaalse dorpe van Münster en Osnabrück op 30 Januarie en 24 Oktober 1648 onderskeidelik onderteken is, beeindig die Dertigjarige Oorlog (1618–1648) wat in Sentraal-Europa deur bykans alle Europese magte gevoer is.

Tradisioneel word die Vrede van Wesfale as 'n belangrike baken in die geskiedenis van die volkereg beskou, aangesien dit die eerste groot Europese handves was om vrede neer te lê, gegrond op die basis van magsbalans. Dit bevestig die einde van die middeleeuse begrip van die eenheid van 'n *republica Christiana*, met die Heilige Romeinse Ryk en die Pous as tydelike en geestelike leiers en lei die era van 'n gemeenskap van soewereine en onafhanklike state van gelyke status in. Deur die soewereiniteit van ongeveer driehonderd Duitse gebiede binne die Heilige Romeinse Ryk te erken, is die voortbestaan van die Ryk onherstelbaar geknou, alhoewel dit eers in 1806 deur Napoleon gelikwideer is. Die Verenigde Nederlande en Switserland is as onafhanklike state erken.

Die Hervorming is geleidelik deur rewolusies opgevolg in onderskeidelik Holland (1572), Engeland (1649), Amerika (1776) en Frankryk (1789). Ten slotte moet daar ook verwys word na die invloed van die Franse Rewolusie op die volkereg, aangesien dit 'n wêreldrewolusie was. Die klem van die rewolusie val op die hoër begrip van die waardigheid van die individu. Die Franse Rewolusie lê klem op die nasionale volk sonder dat dit tot volkeregtelike subjek verklaar word. Met die Franse Rewolusie word dit duidelik dat die absolute vorste nie meer alleen die beslissende sê oor die nasionale en internasionale politiek en daarmee saam ook die geldende volkereg het nie.

Die selfbestemmingsreg wat deur die Franse Rewolusie gepropageer is, word deur die Napoleontiese oorloë verdiep en vind praktiese toepassing in die reëlins van die Weense Kongres van 1815 deur die vrystelling van België, Griekeland en die Balkanstate. Die verenigingsstrewes in Duitsland en Italië staan onder die teken van die nasionale staatsidee en nie van selfbestemming nie. Tog val die volkereg nie terug op die *ius inter potestates* van die middeleeue nie, maar verstewig die idee dat volkeregtelike regte en pligte nou net aan state, ongeag die regeringsvorm en heerser, toegeken word.

<sup>66</sup> *Six Livres de la République* 1576 Hoofstuk 8: *Maiestas est summa in cives ac subditos legibusque soluta potestas*.

Uit die bespreking blyk dit dat daar aan die drie kriteria van Toynbee ten opsigte van die Europese regsgeeskiedenis voldoen word en ook 'n gemeenskaplike Europese reg bestaan het.

Om Verzijl<sup>67</sup> aan te haal:

'To sum up, the law of nations as it stands today is in all its vital aspects mainly the outcome of Western European practice and theory; theory to which the legal thinkers and philosophers of many nations have each made their specific individual contributions thus enriching and diversifying it ...'

In 'n sekere sin was die uitwerking van die natuurreg op die Europese regsontwikkeling analoog aan die kanonieke reg (wat betref die heilsame uitwerking daarvan op die Romeinse reg), terwyl dit in 'n ander sin die kanonieke reg self beïnvloed het en dus indirek, via die kanonieke reg, sy merk op die positiewe reg gemaak het.

Die natuurreg het onder baie volkere 'n hervormingsdrang bewerkstellig. Indirek het dit aanleiding gegee tot die Franse Rewolusie en die Amerikaanse Vryheidsoorlog wat gelei het tot die Onafhanklikheidsverklaring van 1776.

Die natuurreg dien veral as maatstaf om die positiewe sowel as die negatiewe aspekte van wette of van die reg in die algemeen uit te lig. Dit bestaan uit 'n stel reëls wat aan alle volke gemeenskaplik is as gevolg van die rasionaliteit en die logika daarvan. Naas die Romeinse *ius gentium* wat *aequitas* en *bona fides* as basis gehad het, het dit billikheidsmaatstawwe ingevoer by die beoordeling van regsprobleme, gedingvoering, die opstel van wetgewing en die ontwikkeling van regspleging.

Op die gebied van die Europese regsontwikkeling het dit 'n meer effektiewe metodiek en sistematiek daargestel.<sup>68</sup> Dit het ook 'n maatstaf vir die beoordeling en waardering van die Romeinse reg verskaf. Uitdruklike natuurregtelike bepalings wat in die kodes van Europa uitdrukking gevind het, is byvoorbeeld die volgende privaatregtelike begrippe: 'subjektiewe' en 'objektiewe' regte en die *pactum turpe servandum non est*-reël. So speel die natuurreg 'n deurslaggewende rol by die ontwikkeling van die volkere. Wieacker<sup>69</sup> beskou die volkere dan ook as '*das erstgeborene Kind des Vernunftrechts*.'

Die natuurreg beïnvloed ook die ontwikkeling van die Romeins-Hollandse reg. Weinig natuurregjuriste word nie deur Romeins-Hollandse skrywers aangehaal nie. So was Grotius, een van die grootste regsgeleerdes van die Romeins-Hollandse reg, ook een van die grootste natuurregtelikes van alle tye.

<sup>67</sup>J.H.W. Verzijl *Western European Influence* a w 146 e.v.

<sup>68</sup>Vergelyk die Kodifikasies soos die Pruisiese *Allgemeines Landrecht* en die Oostenrykse *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*.

<sup>69</sup>Wieacker a w 258, 272-280. Sien ook Hahlo-Kahn a w 20-24.

## 2.4 Die toepassing van die volkereg in Nederland en Engeland

### 2.4.1 Agtergrond

Uit die inleiding blyk dit dat hoofregter Rumpff nie daarin geslaag het om in die *Nduli*-uitspraak Romeins-Hollandse bronne te vind ter ondersteuning van die stelling dat die volkereg wel deel van die reg van die land is nie. Aanduidings ter ondersteuning van die aanhaling word by verskillende volkeregs kryers gevind.

Die aangewese bron om mee te begin is die *De Iure Belli ac Pacis* van Grotius, aangesien dit die eerste omvattende verhandeling oor die volkereg was en dit vandag nog as die klassieke werk op die gebied beskou word. Grotius baseer die volkereg op die natuurreg wat volgens hom die basis van alle reg vorm en wat in die gesonde verstand (*recta ratio*) en die behoeftes van die menslike geslag gesetel is.<sup>70</sup> Volgens hom is die natuurreg 'n maatstaf waaraan enige reg, insluitend die Romeinse reg, getoets kan word.

Die verhouding tussen die volkereg en die munisipale reg word as volg deur Grotius verduidelik: Ooreenkomstig primitiewe natuurregreëls is alle mense gelyk en vry, en aan geen hoër gesag onderdanig nie. Dieselfde reëls geld vir state. Nóg individue, nóg state kan in isolasie leef: om te oorleef is assosiasie nodig. Dit kan gedoen word deur 'n kontrak tussen state, deur die natuurreg wat selfafdwingend is of deur die reg tussen state wat deur gewoonte, toestemming of 'n kontrak tot stand kom. Die belofte van state (soos die van die individu gee aanleiding tot verpligtings en die kontraktereg) is net soos die natuurreg selfafdwingend. Die resultaat is die volkereg.

Op die wyse ontstaan twee regsisteme: munisipale reg en die volkereg. Munisipale reg is binne die staat verpligtend, en die volkereg tussen state. Elkeen van die regsisteme kan of binne of buite hul spesifieke sfeer afgedwing word by wyse van gepaste metodes en verteenwoordigers.

Die natuurreg is ook in pas met die goddelike reg. Aangesien God regverdig is en die bron van regverdigheid is, is reg, wanneer dit aan ons openbaar word deur God, regverdig. Dit is die beginsels waarop Grotius beide munisipale en volkereg baseer. Die resultaat, ongeag die proses wat gevolg word, is 'n volkeregsisteem gebaseer op die munisipale reg met die nodige modifikasies om dit geskik te maak vir die regulering van verhoudings tussen gelyke en onafhanklike state.

Mensgemaakte reg vind sy oorsprong in die wil van vrye en intelligente individue. Die hooftak van die reg is die burgerlike reg. Meer ekstensief is die volkereg wat sy afdwingende krag van die wil van 'n groot aantal volkere verkry.<sup>71</sup> Hieruit blyk dit dat die volkereg 'n uitvloeisel van die munisipale reg is en as sulks deel van die reg van die land is.

Prol.1 bevat die bronne van die volkereg. Die Griekse natuurreg het die

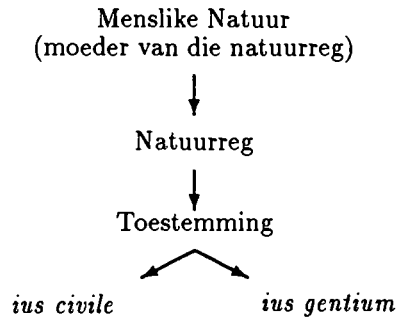
<sup>70</sup>Prol.16.

<sup>71</sup>*De Iure Belli ac Pacis* Boek 1, Hfst.2, XIV 1&2.

reëls van die Romeinse *ius gentium* geïnspireer, wat op sy beurt weer krag en praktiese aanwending aan die reëls van die rede waarop die volkereg rus, verleen het.<sup>72</sup> Volgens Grotius vorm die volkereg en alle ander regstelsels een universele regsorde waarvan die volkereg die belangrikste deel uitmaak:<sup>73</sup>

‘What is said, therefore, in accordance with the view not only of Carnaedes but also of others, that Expediency is, as it were, the mother of what is just and fair, is not true, if we wish to speak accurately. For the very nature of man, which were if we had no lack of anything would lead us into the mutual relations of society, is the mother of the law of nature. But the mother of municipal law is that obligation which arises from mutual consent; and since this obligation derives its force from the law of nature, nature may be considered, so to say, the great-grandmother of municipal law.’

Skematies kan dit as volg voorgestel word:



Grotius se bedoeling was om sulke volkeregtelike reëls te vind wat ewig-durend, onveranderlik en onafhanklik was van die toestemming van 'n enkele staat. Hy sekulariseer die natuurreg en emansipeer dit van 'n uitsluitlike teologiese leerstuk wat aanleiding gee tot die vorming van die moderne volkereg.<sup>74</sup> Alhoewel 'n groot deel van die volkereg op toestemming berus, vloei baie daarvan voort as natuurregbeginnels.<sup>75</sup> In 'n wyer sin dui dit daarop die bindende krag van die *ius gentium*, insluitend die deel wat op toestemming berus, van die natuurreg afkomstig is as uitdrukking van die sosiale aard van die mens.

Ook positiviste soos Bynkershoek<sup>76</sup> en Hall<sup>77</sup> baseer die volkereg op die natuurreg.

<sup>72</sup>W.S. Holdsworth *A History of English Law* V 2e uitg 25 e.v.

<sup>73</sup>Prol.16.

<sup>74</sup>L. Oppenheim *International Law. A Treatise 1 – Peace*. Verwerk deur H.Lauterpacht 1 3e uitg 1955.

<sup>75</sup>*Inleydinge tot de Hollandsche Rechtsgelcerdheyd* §11–12.

<sup>76</sup>*Quaestionum iuris publici libri duo* 1737. Sien veral hfst.VI.

<sup>77</sup>*A Treatise on International Law* 3e uitg 1890.



Alhoewel state die subjekte van die volkereg is, is state saamgestel uit individue en dis hierin waar die waarde van die natuurreg as bron van die volkereg lê. Soos gesien is die natuurreg grootliks gebaseer op die aard van die mens. Dit verklaar die noue verband tussen die regs- en morele reëls van die individu en die staat.<sup>78</sup> Die gedragsreëls wat bindend is op state is ook bindend op die heersers en regs- en morele reëls bepaal die gedrag van die individu wat regeer. As gevolg van die analogie was die deur wyd oop vir die verryking en bevordering van die volkereg deur middel van die privaatrek, Romeinse reg en algemene regsbeginsels wat deur alle beskaafde state erken word. Bynkershoek maak ook gebruik van die Romeins-Hollandse privaatrek om leemtes in die volkereg aan te vul.<sup>79</sup>

Emmerich de Vattel<sup>80</sup> weerspieël dieselfde idees as Grotius ten opsigte van die verband tussen die volkereg en die natuurreg:

Introduction.

Par.6: 'We must therefore apply to nations the rules of natural law to discover what are their obligations and their rights, hence the Law of Nations is in its origin merely the Law of Nature applied to Nations.'

Samevattend kan dus aangevoer word dat state net soos individue in 'n natuurlike toestand verkeer en dat die natuurreg op beide van toepassing is.

Die vraag wat nou beantwoord moet word is hoe die volkereg onder die reg van die land kan sorteer. Die reg van die land is die positiewe reg van die staat, soos gereël deur die wetgewer. Hoe word 'n gaping in die positiewe reg deur die wetgewende beampte gevul? Die beampte neem sy toevlug tot die gemenereg en gapings in die gemenereg kan op sy beurt weer deur die gewoonteregtelike volkereg gevul word, soos die *Nduli*-beslissing ook aantoon. Hoe het die regsprekende beamptes van die sestiende eeu opgetree? Grotius<sup>81</sup> bied die volgende oplossing:

Par.22: 'When no general written laws, privileges, by-laws or customs were found touching the matter in hand, the judges were from times of old admonished by oath to follow the path of reason according to their knowledge and discretion. But since the Roman laws, particularly as codified under Justinian, were considered by men of understanding to be full of wisdom and equity and in course of time by custom law. Afterwards it happened that, some matters being brought to a more perfect equity, over a great path of Christendom something further was admitted, which, having very

<sup>78</sup>Grotius *Mare liberum* Hfst.V.

<sup>79</sup>a w. Sien veral die Inleiding deur J.de Louter van die vertaling van Tenny Frank 1930 op xliii en veral Hfst.XIV.

<sup>80</sup>*The Law of Nations or The Principles of Natural Law* 3. Vertaling deur Charles G. Fenwick 1758.

<sup>81</sup>*De Iure a w* Boek 1, Hfst. 2.

improperly acquired the name of Spiritual (*L. Canonicum*) or Papal (*L. Pontificium*) Laws, in these provinces also has acquired the face of law’.

In die Inleidings (I.iii.par.8) gaan hy verder en voer aan dat die wedersydse verhouding tussen byvoorbeeld man en vrou, ouers en kinders wel deur die positiewe reg gereël word, maar dat dit inderwaarheid van die natuurreg afkomstig is.

Dit blyk dus dat gapings in die positiewe reg deur die natuurreg aangevul is, direk of indirek via die Romeinse of kanonieke reg wat op hul beurt weer deur die natuurreg geïnspireer is. Aangesien die volkereg eng verbonde aan die natuurreg is, het dit direk of indirek via die natuurreg deel geword van die reg van die land.

Voorbeelde van die volkereg wat munisipaal aangewend is, word verkry in Grotius se *Inleidings*.<sup>82</sup>

‘The distinction which many make between acquisition *jure gentium* and acquisition *jure civile* is not well established: for with regard to what they say proceeds from the law of nations, the usage of many nations and of our own is different, as for example the right of making slaves of prisoners of war, which is wholly unknown to us and the neighbouring peoples. Contrariwise, many things which they place under civil law are in fairly general use amongst all peoples, as gifts and titles by prescription. However, in this matter, it makes no difference whether a right is peculiar to our own people, or is shared by our own people with others; for since this does not concern the whole human community, each people may in this matter make and alter its laws in correspondence with the laws of other peoples as it pleases.’

Bewys dat die volkereg deel is van die reg van die land tensy wetgewing anders bepaal, word in die volgende aanhaling van Grotius<sup>83</sup> gevind:

‘A serious difficulty arises at this point in regard to the right of usucaption. For since this right was introduced by municipal law...it has no place as Vázquez holds, in the relation between two independent states or kings, or between an independent state and a king; nor yet between a king and an individual not subject to him, nor between two subjects of different kings or states.

This seems to be true *except* in so far a thing or an act is governed by the laws of the land. But if we admit this, a very serious inconvenience clearly follows, in that contests about kingdoms and the boundaries of kingdoms never come to an end with lapse of time.

<sup>82</sup>Boek 2, iii, par.14. Sien ook *De Jure a w* Boek II, iv par.1.

<sup>83</sup>*De Jure a w* Boek 2, Hfst. 4, par.1 (my kursivering).

Such a condition, again, not only tends to disturb the minds of many and to occasion wars, but is also contrary to the common sense of nations.'

Grotius<sup>84</sup> gee ook aanduiding van hoe die munisipale reg die aanwending van die volkereg kan beperk;

'The principle is not at variance with what we often read in the Roman law, that according to the law of nature, or of the law of nations, a man is free to hunt such animals. *This holds true, in fact, so long as municipal law does not intervene*; thus the Roman law left in their primitive condition matters concerning which different nations have established different usages. When, however, municipal law has lain down a different rule, the law of nature itself prescribes that this must be obeyed ...'

en ten opsigte van die leerstuk van *postliminium* word die volkereg nie net deur die munisipale reg beperk nie, maar ook uitgebrei.<sup>85</sup>

'From the preceding discussion the nature of postliminy may be understood according to the law of nations, as regards free men. But by municipal law that same right, in so far it affects what is done within a state, may both be restricted by the addition of exceptions and conditions and extended to other interests ...'

Uit bogenoemde bespreking blyk dit dat die juriste hul stellings aangaande die verhouding tussen state op 'n deduksie van natuurregtelike beginsels baseer na analogie van die Romeinse reg deur die bestaande gebruike van state te veralgemeen. Twee faktore domineer die bespreking, naamlik

- die belangrike invloed wat die natuurreg op beide die munisipale- en volkereg uitgeoefen het, en
- die belangrike rol wat die ineenskakeling van die munisipale reg en die volkereg gespeel het. Dit blyk duidelik uit die feit dat Grotius dieselfde indeling, met die nodige aanpassings in sy *De Iure Belli ac Pacis* gebruik as die *Corpus Iuris Civiles* van Justinianus.

Ook Bynkershoek<sup>86</sup> verklaar dat die *edicta* en *decreta* van die State-Generaal van die Verenigde Nederlande, alhoewel regtens beperk tot hul eie land, nou verbonde is aan die reëls wat internasionale aangeleenthede reël. Dit is veral die resultaat van die heroplewing van die Romeinse reg as *ratio scripta* wat beide stelsels beïnvloed het.

<sup>84</sup> *De Iure a w* Boek 2, Hfst. 2, par.IV.(my kursivering).

<sup>85</sup> *De Iure a w* Boek 3, Hfst. IX, par.X:1,2.

<sup>86</sup> *Quaestionum Iuris a w* Inleiding op xii.



'n Voorbeeld van 'n volkeregreël wat, via 'n Romeinse regsreël (wat ook 'n reël van die natuurreg is), toepassing in die munisipale reg vind, word vroeg reeds in die Suid-Afrikaanse regspraak gevind. In *Ncumata v Matwa and Others* verklaar Barry RP<sup>87</sup> as volg:

'By the Roman principle of occupancy, as by the Law of nature, an enemy's property is *res nullius*, and may lawfully be acquired by the captor.'

## 2.4.2 Nederland

Die ou skrywers oor die Romeins-Hollandse reg (wat uit die provinsie Holland gekom het) het hul nie beperk gevoel tot alleen die reg van Holland nie, maar verwys ook na skrywers uit ander provinsies en dui aan waar die reg van plek tot plek verskil. Verder verwys die skrywers ook na skrywers uit ander lande en na tekste uit die *Corpus Iuris*. Van groot belang is Grotius se invloed op die volkereg en die regsfilosofie.<sup>88</sup> Skrywers van ander Europese lande verwys op hulle beurt weer na Hollandse juriste.<sup>89</sup> Dit was moontlik aangesien Latyn die akademiese *lingua franca* was.

As die Nederlandse regswetenskap vanaf 1300 – 1800 in oënskou geneem word, is dit duidelik dat dit om 'n deel van die kontinentale Europese *ius commune* wat op die resepsie van die Romeinse reg gebaseer is, handel. Die resultaat van die Europese fenomeen is dat die Romeins-Hollandse reg veel breër is as net die reg van die provinsie Holland. Dit is teen die agtergrond waarteen die regsposisie van die Romeins-hollandse reg wat na die Kaap in 1652 ingevoer is, ge-evalueer moet word.

In 1599 beroep die State-Generaal hom op 'n proklamasie wat naas die Romeinse reg die '*common law of nations*' as basis gehad het ter regverdiging van 'n blokkade teen Spanje.<sup>90</sup> Grotius<sup>91</sup> het dikwels op Romeinse juriste gesteun, terwyl Bynkershoek se steun aan die Romeinse reg natuurlik is, aangesien dit in sy tyd as die gemene reg van Nederland aanvaar is.

Die gesag van die wetgewing van Justinianus vervaag met die opkoms van kodifikasies aan die einde van die agtiende en begin van die neëntiende eeu. Met betrekking tot die volkereg geskied dit selfs vroeër, en wel met die opkoms van 'n nuwe volkeregtelike filosofiese skool. Nóg die stigter, Christian Wolff (*Law of Nations Treated according to Scientific Method*, 1749), nóg sy opvolger, Emerich de Vattel (*Droit des Gens*, 1761) was opgelei in die Romeinse reg.

Daarna word die romeinsregtelike inslag geleidelik in die agtergrond gedruk, terwyl die volkereg en die privaatreë al meer in aparte rigtings ontwikkel.

<sup>87</sup>1882 2 EDC 272. As gesag is aangehaal: Inst. 2, 1, 17; D.4.1.5; Grotius 2, 4, 34; Van der Linden 118; Vattel *Law of Nations* deur Chitty 384–5.

<sup>88</sup>Van Zyl a w 351–3.

<sup>89</sup>28.3.11.

<sup>90</sup>Van Vollenhoven *The Three Stages in the Evolution of the Law of Nations* 1919 3.

<sup>91</sup>*De Iure Belli ac Pacis*, Prol.52.

### 2.4.3 Engeland

Die toepassing van die volkereg in Engeland ontwikkel sedert die tyd van Koningin Elizabeth. Die eerste sodanige aanduiding word gevind in 'n antwoord wat die Koningin gegee het aan die Spaanse ambassadeur Mendoza, wat namens sy regering teen Sir Francis Drake se oortreding van die water wat die Wes-Indies omring, beswaar aangeteken het. Haar antwoord dat

'the use of the Sea and the Air is common to all, neither can a title to the Ocean belong to any people or private person; for as much as neither Nature nor public use and customs permitteth any possession thereof'<sup>92</sup>

is in ooreenstemming met die Romeinse reg.<sup>93</sup> Toe in 1584 bevind is dat Mendoza in 'n komplot teen die Koningin verwickel is, het die Engelse regering advies by onder andere Gentilis ingewin. Die advies dat ingevolge die volkereg niks teen die Spaanse ambassadeur gedoen kan word nie, behalwe om hom te beveel om die land te verlaat, is gevolg. Dit impliseer dat net so min as wat die Koningin van Engeland bo die reg verhewe is, nóg die Koning van Spanje, nóg sy ambassadeur, nóg die Spaanse volk bo die reg verhewe is. Weer eens word die Romeinse reg as basis gebruik.

Klaarblyklik het die gebeurtenis aanleiding gegee tot die publikasie van Gentilis se '*On the Law of War*' van 1598. Hy steun in 'n groot mate op die *Corpus Iuris Civilis*. Hy gaan selfs so ver om byvoorbeeld die spesifieke Romeinse idee van 'universele opvolging' wat geskep is vir Romeinse heersers met betrekking tot die regseffekte van verowering of met betrekking tot die bindende krag in gevalle van soewereiniteitsopvolging, ten opsigte van Engelse heersers aan te wend. Alhoewel hy bewus was dat die reëls van die *Corpus Iuris Civilis* nie geskryf was vir internasionale verhoudinge nie, was hy van oordeel dat dit in 'n groot aantal gevalle aangewend kon word om in die behoeftes van die *ius naturae et gentium* te voorsien.

Die siening het spoedig inslag gevind. In 1609 het James I, terwyl hy die Parlement toegesprek, verklaar:<sup>94</sup>

'I do greatly esteem the Civil Law the profession thereof serving more for general learning, and being most necessary for matters of treaty with foreign nations. . . It is in a manner *lex gentium* and maintains intercourse with all foreign nations.'

Die redes waarom die Koning Romeinse reg ondersteun is betekenisvol, aangesien dit 'n aanduiding van die mense se goedgesindheid daarteenoor is. Dit word vyftig jaar later deur Robert Wiseman herhaal in sy traktaat '*The Law*

<sup>92</sup> Camden, *The History of the Most Renowned and Victorious Princess Elizabeth, Late Queen of England* 1675 225.

<sup>93</sup>I.1.1. *Naturali jure communia sunt omnium haec; aer, aquaprofluens, et mare.*

<sup>94</sup>McEwain *The Political Works of James I* 1918 130.

of Laws' of 'the Excellence of the Civil Law' — die 'excellence' dui veral op die aanwending van die siviele reg in internasionale verhoudings. In 1650 gee Richard Zouche uitdrukking aan sy steun vir die Romeinse reg in die titel van sy belangrike werk, *Juris et Judicii Feialis, sive Juris inter Gentes et Quaestionum de eandem Explicatio*. Die sisteem wat hy gebruik is gebaseer op Romeinse begrippe (*status, dominium, debitum, delictum*) en die 'siviele' gees domineer die werk.<sup>95</sup>

Dit is dus duidelik dat die siviele reg in die tydperk internasionale verhoudinge gereguleer het en dat romeinsregtelike begrippe gebruik is om die nodige aanpassings te maak. Lord Phillimore verklaar<sup>96</sup> in die agtiende eeu:

'Roman law may be said to be the most valuable of all aids to a correct and full knowledge of international jurisprudence of which it is indeed, historically speaking, the actual basis.'

## 2.5 Samevatting

Die werklike belangrikheid van die Romeinse reg vir die geskiedenis van die volkereg is slegs indirek, maar verreikend. Verdrae en 'internasionale' gewoonte soos gevind in die Romeinse praktyk het ook op ander plekke in die antieke tyd bestaan. Dit was egter eiesoortige instellings, spesifiek ontwerp om in die behoeftes van daardie tydperk te voorsien. Dit vervaag in die middeleeue aangesien die kerklike, feodale en keiserlike reg op die voorgrond tree. Slegs sedert die sestiende en sewentiende eeue toe nasionale state duidelik na vore getree het as die dominante faktor in die historiese proses, het daar 'n behoefte ontstaan aan 'n teorie en 'n teorie-bewuste praktyk van die volkereg.

'n Verwysingsraamwerk was nodig vir so 'n teorie, en in die Westerse wêreld kon dit net die *Corpus Iuris Civilis* wees. Geen werklike volkereg word daarin gevind nie, maar die groot wetgewende opus het duidelike regsbegrippe en uitstekende juridiese metodes bevat.<sup>97</sup> Dit is dus net logies dat die Romeinse uitsprake tot die munisipale reg op die volkereg oorgedra sou word, byvoorbeeld van eienskaps na territoriale soewereiniteit; van kontrakte na verdrae; van verteenwoordiging (*mandatum*) na diplomatieke missies. Verzijl<sup>98</sup> stel dit as volg:

'If Roman law has influenced the shaping of legal relations between the political entities existing in early and later Middle Ages and of medieval and sixteenth century theories on International law, it is

<sup>95</sup>Nussbaum *A Concise History* a w 118.

<sup>96</sup>MacDonell and Mason *Great Jurists of the World* 1913 519.

<sup>97</sup>Brierly a w 20. Sien Nussbaum *A Concise History* a w se kritiek hierop op 18. Volgens hom het volkeregs krygers onbeheersd op die Romeinse reg gesteun wat aanleiding tot foutiewe opvattinge gegee het.

<sup>98</sup>Verzijl *International Law* a w 443-4.

not due to her system of International law proper. It is due rather, on the one hand, to the infiltration of certain of her rules of private law into relations between the multifarious medieval political entities, and on the other hand, to the intrusion of some of her noted legal concepts into medieval doctrine.'

Nie net het die *Corpus Iuris* die hoogste gesag in die atmosfeer van die humanisme as *ratio scripta* gehad nie, dit was boonop die reg van die land binne die Heilige Romeinse Ryk en dus 'n belangrike invloed in ander Europese gebiede. Boonop was dit ook die basis van die magtige kanonieke reg.

Die vraag ontstaan dus vanaf watter tydperk daar 'n Europese *ius commune* was. Hoewel hulle op die grondslae wat deur die glossatore neergelê is, voortgebou het, was dit die kommentatore wat werklik 'n middeleeuse gemene-reg deur die samesmelting van die Romeinse, Germaanse en kanonieke reg tot stand gebring het. Volgens H.J. Wolff:<sup>99</sup>

'The work of the Commentators is unthinkable without the previous achievement of the Glossators, but to the Italian Romanistic science of the 14th century — if judged as a whole and in its most outstanding representatives — goes the credit of being the real founders of modern legal science.'

Soos reeds gesien het die posisie van die Romeinse reg in Europa in die sestiende eeu 'n belangrike invloed uitgeoefen op die ontstaan van die volkereg. Alhoewel die ander Europese lande nie so ver as Duitsland gegaan het nie, het die beginsels van die Romeinse reg oral respek afgedwing en is dit aangewend as geen plaaslike reël dit uitgesluit het nie.

Die grondleggers van die volkereg het sonder huiwering Romeinse reg as die basis van hul stelsel aanvaar indien die verhoudings tussen heersende prinse geblyk het analoog te wees aan die van private persone, byvoorbeeld regte met betrekking tot grondgebied. Toe regerings bykans oral monargisties was en feodalisme hoogty gevier het, was daar 'n duidelike ooreenkoms met die regte van 'n private individu met betrekking tot eiendom. Die resultaat was dat volkeregtelike reëls rakende grondgebied vandag steeds wesenlik die Romeinse reëls van eiendom is.

Die term 'okkupasie' soos aangewend in die volkereg met betrekking tot die inbesitneming van vyandelike gebied, of 'n gebied wat nog nie onder 'n soewerein staan nie, is oorgeneem van die Romeinse *occupatio* wat beteken het die toe-eiening van roerende of onroerende *res nullius*. Blote indringing was volgens die Romeinse reg<sup>100</sup> onvoldoende; okkupasie is eers voltooi as die belangrikste plekke beset is en die besettingsmag geen wesenlike weerstand meer ondervind nie. Ook hier is die okkupasie van die privaatreg en die *occupatio bellica* nou

<sup>99</sup> *Roman Law, An Historical Introduction* 1950 190.

<sup>100</sup> Inst. II,1,12.



verbonde, sodat by okkupasie tegelykertyd 'n privaat- sowel as publiekregtelike verhouding ontstaan het. Die huidige volkeregtelike okkupasie stam direk hiervan af. Volgens Verdross-Simma<sup>101</sup> moet die staat slegs voortdurend die nodige *animo domini* ten opsigte van die betrokke staatlose gebied hê. Indien die toestand lank en voortdurend, sonder teenspraak aanvaar word, geld dit as reëlmatig. Op die wyse kan 'n omstrede grenslyn vaste uitdrukking vind of kan vreemde staatsgebied vervang word. Bogenoemde is dan ook gevalle waar die effektiwiteitsreël in die volkereg toepassing vind. Die uitdrukking *state servitude* is afkomstig van die Romeinse *servitus* wat nie oor slawerny handel nie, maar wat 'n reg van weg en soortgelyke instellings wat die eienaarskap ten opsigte van 'n deel van die land direk beperk, aandui.

Die terme *accessio* en *alluvio* kom voor in die *Corpus Iuris Civilis*. Verjaring en al sy tipes (uitwissing, verkrygend en 'immemorial') is ook afkomstig van Romeinse bronne. *Postliminium* wys in die Romeinse reg op die regsposisie van 'n persoon of sy besittings wat as gevolg van gevangenisname tydens oorlog die eiendom van die vyand geword het, maar wat teruggekeer het na of uitgelewer is aan Romeinse gebied; sulke persone of besittings herwin hul vorige status asof die gevangenisname nooit plaasgevind het nie — nog 'n begrip wat tot 'n mate deur die moderne volkereg aangewend word. Die beginsel was van toepassing op so 'n persoon se regte, maar nie op 'regsfeite' nie, dit wil sê op regs aansprake wat vir hul bestaan 'n tipe fisiese manifestasie vereis het. Sulke verhoudings het nie outomaties herleef nie, maar moes fisies hervat word. So het 'n teruggekeerde krygsgevangene se huwelik tot niet gegaan en het dit slegs herleef as die getroude verhouding deur ooreenkoms hervat is.

Met die aanvaarding van 'n Romeinse term was die invloed agter die idee bestem om inslag te vind, maar mettertyd het dit groot veranderings ondergaan (byvoorbeeld *servitus* en *postliminium*). Titel oor nuutontdekte land kan sodoende net tot stand kom deur besit daarvan te neem. Ander ontwikkelings het ook plaasgevind met betrekking tot die uitbreiding van territoriale soewereiniteit deur *alluvio* of ander soorte van natuurlike aanwas, asook met betrekking tot verjaring waarvolgens 'n eis definitief deur tydsverloop verval het.

Dit kan in werklikheid nie aangevoer word dat die volkereg 'n reg oor grondgebied erken wat ooreenstem met die *servitute* van die Romeinse reg nie. Volgens die Romeinse reg was 'n *servituut* 'n reg wat die eienaar van een stuk grond, die *praedium dominans* geniet, nie in sy persoonlike hoedanigheid nie, maar in sy hoedanigheid as eienaar ten opsigte van die heersende erf, die *praedium serviens*. Dit is 'n reg *in rem*; uitoefenbaar teen enige opvolger in titel deur enige opvolger van die *praedium dominans*. 'n Staat kan regte verkry oor die grondgebied van 'n ander staat, byvoorbeeld die reg om 'n vliegveld te hê, maar so 'n reg is 'n reg *in personam* soos enige ander verdragsreël.

Sommige skrywers voer aan dat so 'n *servituut* slegs deur middel van weder-

<sup>101</sup> Alfred Verdross – Bruno Simma *Univeselles Völkerrecht. Theorie und Praxis* 3e uitg 1984 §69.

sydse ooreenkoms, of deur afstanddoening deur die dominante staat, of deur die konsolidasie van die betrokke gebiede beeindig kan word.<sup>102</sup> Die meerderheid moderne skrywers beskou egter die kategorie as nutteloos. Alhoewel verdrae en plaaslike gewoonte verpligtinge van 'n plaaslike aard kan skep wat 'n verandering van soewereiniteit van een of beide partye kan oorleef, kan sodanige gevalle verduidelik word sonder 'n verwysing na die betrokke konsep. Indien die konsep aanvaar word is dit moeilik om te verduidelik waarom sekere ooreenstemmende beperkings op 'n gebied onoordraagbaar is, en waarom sekere beperkings wat duidelik nie met serwitute ooreenstem nie, wel oordraagbaar is.

Die toepassing van die onderwerp deur sommige skrywers verdien verdere aandag. Twee gevalle moet van meets af aan onderskei word. Volkeregtelike gewoontereg maak voorsiening vir die skep van analoë vestigingsregte in die geval van die reg op deurvaart in territoriale water en sekere regte en verpligtinge rakende buurmanskap. Soms kan 'n multilaterale verdrag permanente beperkings as deel van 'n *objective regime* skep ten uitvoer van 'n internasionale beleidsmaatreël, byvoorbeeld die neutralisasie van 'n sensitiewe area. Oor die algemeen is dit gevaarlik om te argumenteer dat waar oordraagbaarheid voortspuit uit die beginsels van state-opvolging en, of, verdragsreg, dit die bestaan van 'n regs-kategorie, te wete serwitute bewys.

Twee situasies kan voorkom. Die oorspronklike partye tot 'n verdrag kan bepaal dat die toestaan van die regte 'vir ewig' is. Hier is geen sprake van oordraagbaarheid nie en hang alles af van die interpretasie van die bepalings. Sodanige taalgebruik kan dus aangewend word om die opheffing daarvan by die uitbreek van oorlog uit te sluit of om die werking van die *clausula rebus sic stantibus* teen te staan. Tweedens bestaan daar dan ook die gevalle waar plaaslike verpligtinge wat die gebruik van die gebied affekteer beskou word veranderings in soewereiniteit te oorleef. Die verskillende moontlikhede word deur Brownlie<sup>103</sup> bespreek.

Dit dui daarop dat op sommige gebiede die Romeinse reg die basis was vir die ontwikkeling van die volkereg.

Die historiese belang van die volkereg is egter veel groter as enkele praktiese oorblyfsels. Dit was noodsaaklik vir die vroeë ontwikkeling van 'n volkeregleerstuk. Brierly<sup>104</sup> stel dit as volg:

'Everywhere in fact Roman law was regarded as the *ratio scripta*, written reason; and a medieval writer, seeking to expound the law of nature, had only to look about him to see actually operative in the world a system of law which was the common heritage of every country, revered everywhere as the supreme triumph of human reason.'

<sup>102</sup>I. Brownlie *Principles of Public International Law* 3e uitg 1979 373-4.

<sup>103</sup>Brownlie a w 374-5.

<sup>104</sup>Brierly a w 19.



En verder:<sup>105</sup>

‘It is not difficult, therefore, to see how the belief in an ideal system of law inherently and universally binding on the one hand, and the existence of a cosmopolitan system of law everywhere revered on the other, should have led to the founding of international law on the law of nature.’

## 2.6 Gevolgtrekking

Indien Hoofregter Rumpff se aanhaling in die *Nduli* beslissing omtrent die *fons et origo* vanuit ’n *ius commune*-georiënteerde oogpunt beskou word, is sy versuim om tersaaklike bronne ter ondersteuning van die aanhaling te gee, voordiehandliggend.

Uit bogenoemde bespreking blyk dit duidelik dat die volkereg deur middel van die Romeinse reg en die natuurreg ’n integrale deel van die Europese *ius commune* uitgemaak het. Dit word gestaaf deur die werkswyse wat die middeleeuse juriste gevolg het deur die volkereg as ’n gegewe te aanvaar en so toe te pas.

Dit is ook die werkswyse wat Hoofregter Rumpff gevolg het deur die volkereg as vanselfsprekend te aanvaar, sodat die Romeins-Hollandse reg slegs as raamwerk dien waarbinne die volkereg ontstaan het. Die bestaan van spesifieke Romeins-Hollandse gesag raak dus irrelevant.

---

<sup>105</sup>Brierly a w 20.

## Hoofstuk 3

# Die gemenerereg van Suid-Afrika

### 3.1 Agtergrond

Die Romeins-Hollandse reg was grootliks gebaseer op burgerlike reg wat 'n konglomerasie was van die leringe van ook Italiaanse, Franse en Duitse juriste. Dit was nie 'n onbuigsame reg nie en is aangepas ooreenkomstig veranderde tye.

Die reg tydens die koloniale era was Romeins-Hollandse reg.<sup>1</sup> Met die tweede anneksasie in 1806 styg die Engelsregtelike invloed dramaties, veral ten opsigte van die struktuur van die howe, bewys- en strafprosesreg, kwalifikasies van regsgeleerdes, Engels wat in die howe as amptelike voertaal gebesig is en die beginsel van *stare decisis*.<sup>2</sup>

Die Romeins-Hollandse reg wat gedurende die sewentiende en agtiende eeue in Holland gegeld het, het gemenerereg en wetterereg, privaat- en publiekreg, handelsreg en bewys- en strafprosesreg ingesluit. Deur wetgewing, regspraak en talle ander wyses het die Engelse reg die staats- en administratiefreg, handels- en maatskappyereg en ander regsvertakings sodanig beïnvloed dat die Romeins-Hollandse reg, wat 'n belangrike bron van die Suid-Afrikaanse reg uitmaak, aansienlik ingeperk is. Alhoewel Engelsregtelike elemente toenemend voorgekom het na die Engelse oorname, het die Romeins-Hollandse reg die gemenerereg van die Kaapkolonie en die res van die land gebly.<sup>3</sup>

<sup>1</sup>B. Visagie *Regspleging en Reg aan die Kaap van 1652 tot 1806* 1969 69 e.v.; D. H. van Zyl *Geskiedenis van die Romeins-Hollandse Reg* 1979 421 e.v.

<sup>2</sup>R. Zimmermann *Das römisch-holländische Recht in Südafrika. Einführung in die Grundlagen und usus hodiernus*. 1983 9 vn 1; B. Beinart *The English Legal Contribution in South Africa: The Interaction of Civil and Common Law* 1981 *Acta Juridica* 7 e.v.

<sup>3</sup>Natal is in 1844 geannekseer en deur middel van van die Kaapse Ordonnansie No. 12 van 1845 is Romeins-Hollandse reg neergelê as die reg van die Distrik van Natal. In 1856 het Natal 'n aparte kolonie geword, maar Romeins-Hollandse reg het sy reg gebly deur middel van die

Na die Engelse besetting in 1806 word Engels die amptelike taal, terwyl slegs diegene wat gekwalifiseer het om in Engeland die regspraktyk te beoefen, toegelaat was om in die Kaap op te tree. Slegs regters wat in die Engelse reg opgelei was, is deur die Engelse regering aangestel. Soos die wetgewers Engelse reg nagevolg het, het ook regters en praktiserende juriste toegang gehad tot Engelse verslae en regsboeke waarmee hulle bekend was en wat meer toeganklik was as Romeins-Hollandse materiaal.

Die Engelse heerskappy het veroorsaak dat hul konstitusionele raamwerk wat eers in 'n meerdere of mindere mate in die afsonderlike kolonies ingevoer is, ten opsigte van die hele Unie ingevoer is met die *Zuid-Afrika Wet* van 1909. Gebruike en regreëls uit die Engelse staatsreg het dus hetsy uitdruklik, hetsy stilswyend, deel van ons reg geword. Hierdie reëls en gebruike is wel mettertyd gewysig, maar 'n groot gedeelte daarvan geld nog in die Republiek.<sup>4</sup> Selfs na Unie-wording het die Westminsterstelsel as basis vir die Suid-Afrikaanse staatsreg gedien. Daarom aanvaar hofbeslissings en juriste dat die Suid-Afrikaanse staatsreg op die Engelse reg gebaseer is.<sup>5</sup>

Die bekendstelling van die Engelsregtelike elemente in die Kaap het daartoe gelei dat die Romeins-Hollandse reg in die agtergrond geskuif is; presies die teenoorgestelde van die proses wat aanleiding gegee het tot die resepsie van die Romeinse reg in Europa. Die resultaat was dat die gemene-reg van Suid-Afrika nie meer 'suiwer' Romeins-Hollandse reg is nie.<sup>6</sup>

Maar is daar werklik so 'n groot gaping tussen Engelse reg en die Romeins-Hollandse reg? Die gebrek aan kodifikasie ten opsigte van die proses- en strafreg in Engeland en die Gemenebes-lande dui op die eerste ooreenstemming tussen die Engelse reg en die Romeinse reg. Alhoewel die regsontwikkeling in die dertiende, sestiende en neëntiende eeue deur die Romeinse reg beïnvloed is, het

Wet van Natal, No. 39 van 1896. Romeins-Hollandse reg was ook die reg van die Republieke en artikel 17 van die Transvaalse Proklamasie, No. 14 van 1902 bepaal dat 'Roman-Dutch Law, except so far as it is modified by legislative enactments shall be the law of this Colony'. Die Vrystaatse Ordonnansie, No. 3 van 1902 bevat 'n soortgelyke bepaling.

<sup>4</sup>Sien D.J.H. le Roux *Die aard en regsrag van Parlementêre Prosedure* 1954 THRHR 184 op 189:

'Enigeen wat verder die moeite wil doen om die Reglemente van die Senaat en Volksraad van die Unie met die van die Britse *house of commons* te vergelyk, sal vind dat, behoudens minder belangrike aanpassings by plaaslike omstandighede, die reëls van hierdie liggame nie slegs in beginsel nie, maar in baie opsigte verbatim met mekaar ooreenstem. In die lig van die voorafgaande moet ons konkludeer dat die bron van ons parlementêre reg, ten minste op die gebied van privilegie en prosedure, Engelse reg is.'

<sup>5</sup>M. Wiechers *Verloren van Themaat Staatsreg* 3e uitg 1981 59,62; Fouché *Die bevoegdheid van die Staatspresident van die Republiek van Suid-Afrika* doktorsale proefskrif 1964 79; Barrie *Die Soewereiniteit van die Parlement*, doktorsale proefskrif 1968 6. *Union Government v Estate Whittaker*, 1916, A. D. 194 op 211.

<sup>6</sup>Vir die polemieë wat tussen die akademici ontstaan het oor wat ons gemene-reg dan is, sien onder andere Mulligan a w vn 64; Proculus *Redevivus South African Law at the Crossroads or What is our Common Law?* 1965 SALJ 17 op 23.

Engeland in teenstelling met Europa grootliks vrygebly van die resepsie van die Romeinse reg. Romeinse reg is wel as vak aan die universiteite gedoseer. Slegs juriste wat 'n akademiese graad in Romeinse reg gehad het (die sogenaamde *civilians*), kon as regsverteenwoordigers praktiseer in die volgende regsvelde: volkereg, see- en handelsreg en deels die huweliks- en erfreg. Die resultaat was dat daar 'n noue verbintenis ontstaan het met die burgerlike reg van die Vasteland.<sup>7</sup> Die aanvaarding van Justinianus se Keiserreg word deur die Koning, adel en juriste tydens die dertiende en veertiende eeue deur die volgende spreuk genegeer.<sup>8</sup>

*'Nolumus leges Angliae mutare, quae usitatae sunt et approbatae.'*

Indien daar gekyk word na die raamwerk waaruit die Europese *ius commune* gedurende die sestiende en agtiende eeue ontwikkel het (dit is dan ook die tydperk waartydens die Suid-Afrikaanse reg ontwikkel het), toon dit baie kenmerke wat vandag as tipies Engels beskou word,<sup>9</sup> aangesien dit nie 'n akademiese reg was nie, maar tot 'n groot mate ontwikkel het deur die interpretasie van juriste en regsopinies; dit wil sê, dit was 'n judisiële reg, 'n *jurisprudentia forensis*. Boonop was Engeland nooit afgesny van die Europese regsliteratuur nie. Vanaf sy ontstaan was

*'the common law, which became a real hallmark of English life . . . not English at all. It was a species of continental feudal law developed into an English system by kings and justices of continental extraction.'*<sup>10</sup>

So verklaar ook F.W. Maitland:<sup>11</sup>

*'I know just enough to say this with confidence, that there (sc: on the continent) are great masses of medieval law very comparable with our own.'*

Tot en met die Hervorming het die kanonieke reg dieselfde bindende gesag in enige hof as op die Vasteland gehad.<sup>12</sup> Belangrike prosesregtelike beginsels het hiervandaan die kanselaryhof binnegedring wat later uiting gevind het in billikheidsbeginsels. Tot die tyd van Henry VIII, was alle kanseliers ook kerklikes

<sup>7</sup>W.S. Holdsworth *Sources and Literature of English Law* 1925 203 e.v.; — *A History of English Law* XV 1965 361 e.v.; H.S. Maine *Ancient Law. Its connection with Early History of Society and its Relations to Modern Ideas* 1930 32 e.v; 71 e.v. Sien verder T.B. Smith *Studies Critical and Comparative* 1962; W. Buckland & Arnold D. McNair *Roman Law and Common Law. A Comparison in Outline* 1936.

<sup>8</sup>Lock/Maitland *The History of English Law* I 2e uitg 131 e.v.; 188 e.v.

<sup>9</sup>Gino Gorla & Luigi Moccia *A 'Revisiting' of the Comparison between 'Continental Law' and 'English Law' (16th - 19th Century)* 1981 2 *Journal of Legal History* 143 e.v.

<sup>10</sup>R.C. Caenegem *The Birth of the English Common Law* 1973 110.

<sup>11</sup>*Why the History of English Law is not Written in Collected Papers* 1 490.

<sup>12</sup>Maitland *Roman Canon Law in the Church of England* 1898.

en gewoonlik goed onderrig in die kanonieke sowel as die Romeinse reg. Soos reeds genoem is die Europese *ius utrumque* reeds sedert die twaalfde eeu aan die Engelse universiteite onderrig. Soos op die Vasteland was Latyn die geskrewe regstaal.

Na die Hervorming is die onderrig van die kanonieke reg aan Oxford en Cambridge onderdruk en het die klem vanaf die Kanonieke reg na die Romeinse reg verskuif.<sup>13</sup>

Dat dit by die Romeinse reg en Engelse reg nie om twee vyandige elemente handel nie, word treffend deur die geskiedenis en die huidige struktuur van die reg van Suid-Afrika, Skotland, Louisiana en Quebec bewys: in die lande bestaan lank reeds 'n Romeinse en Engelse gemengde privaatreg.

In die lig van bogenoemde bespreking blyk dit dat die Engelse reg as 'n integrale deel van die Suid-Afrikaanse reg beskou behoort te word, gebaseer op 'n *ius commune* ge-oriënteerde<sup>14</sup> benadering, 'n *usus hodiernus pandectarum*.

### 3.2 Die toepassing van die Suid-Afrikaanse reg deur die howe

'n Algemene bespreking sal kortliks plaasvind. Die toepassing van die volkereg deur die howe volg in 'n latere hoofstuk.<sup>15</sup>

Romeins-Hollandse reg is een van die min regstelsels waar die Romeinse reg nog 'n belangrike rol vervul. Volgens ons howe word die reg van Justinianus, soos verstaan en geïnterpreteer deur die Romeins-Hollandse skrywers van die agtiende eeu toegepas, en nie die klassieke Romeinse reg soos uitgebrei deur

<sup>13</sup>'n Voorbeeld van hoe die Romeinse reg deurgefilter het tot in die Engelse reg word verkry uit die geskiedenis van die cy-prés leerstuk. Sien R. Zimmermann in *Roman-Dutch Law in South Africa: Aspects of the Reception-Process* 1985 *Lesotho Law Journal* 113:

'One last additional point may be of interest: if one trace the development of cy-prés in English law one will find that it goes back to the same Modestinus fragment which has been quoted by the South African courts... Thus we have the interesting situation that an idea, originating in Roman Law, has been received in England at first via Canon Law by the ecclesiastical courts, then taken over by the Court of Chancery into Equity, developed in the course of centuries into a comprehensive doctrine before it has come "home", back into the last resort of the old European *ius commune*.'

<sup>14</sup>R.W. Lee stel dit as volg:

'Enough to say that there resulted from the fusion of the Roman Law with native institutions a composite system similar to that which in Germany was known as "the law of the Pandects". This system, or so much of it as could be adapted to changed conditions, was carried by the Dutch into their colonies ...

1959 *Acta Juridica* 114-119. Daarom kan die tendens in Suid-Afrika as 'n *usus modernus pandectarum* beskryf word.

<sup>15</sup>Sien supra Hoofstuk 5.



moderne Romaniste nie. Regter Wessels<sup>16</sup> stel dit as volg in *Master v African Mines Corporation Ltd.*:

'Now this Court administers the Roman-Dutch law, and not the Roman law of Justinian. If the Courts of Holland have placed a certain interpretation upon a *lex* of the Digest, and by virtue of that interpretation a certain practice was adopted, then this Court should follow the interpretation of the Dutch Courts, rather than that which modern investigators give to the text.'

Vergelyk dit ook met *LTA Engineering Co. Ltd. v Seacat Investments Ltd.*<sup>17</sup>

'Sande is however not to be read or explained in the light of the classical Roman law. What was received in Europe was not the law as it was during the second and third centuries, but the law as understood and developed by the much later Glossators, Commentators and subsequent writers'.

Aangesien die Romeins-Hollandse reg van Nederland deel was van 'n Europese fenomeen, is dit nouliks verbasend dat in Suid-Afrikaanse beslissings daar dikwels na skrywers van ander lande en tydperke verwys word. So verklaar Beinart:<sup>18</sup>

'Our courts range far and wide, into the depths of Germany, and through the breadth of France even into the heart of Spain, in search of anyone who wrote on the *Corpus Juris*.'

Volgens A.R. Holmes<sup>19</sup> in *Government of the Republic of South Africa v Ngubane* kan die regsposisie van die Nederlande, Duitsland, Italië, Spanje, Switserland, Frankryk, Engeland, Skotland en Amerika aangehaal word, daar so 'n regsvergeliking minstens interessant en instruktief is, veral met lande *whose systems have been touched by the greatness of Roman law*. So 'n benadering is heeltemal in pas met die tradisie van die klassieke Romeins-Hollandse skrywers wat, soos reeds genoem, van enige provinsialisme verwyder was en die werke van juriste, nie net van die ander provinsies nie, maar ook van die omliggende lande aangehaal het en in hul eie werke opgeneem het.<sup>20</sup> Regter van den Heever<sup>21</sup> huldig dieselfde mening:

<sup>16</sup> 1907 T.S. 925 op 928-9. Sien ook: *Green v Fitzgerald* 1914 A.A. 88 op 99, 108; *Tjollo Ateljees (Edms.) Bpk. v Small* 1949 1 S.A. 856 A.A. op 865; *Hackett v G. & G. Radio and Refrigerator Corp.* 1949 3 S.A. 664 A.A. op 681; *Gerber v Wolson* 1955 1 S.A. 158 A.A. op 170-1; *R v Sibiyi* 1955 4 S.A. 247 A.A. op 261; *Moulong v Port Elizabeth Municipality* 1958 2 S.A. 518 A.A. op 522-3.

<sup>17</sup> 1974 1 S.A. 747 A.A. op 769.

<sup>18</sup> *Roman Law in South African Practice* 1952 16.

<sup>19</sup> 1972 2 S.A. 601 A.A. op 609.

<sup>20</sup> J.E. Scholtens *Early Roman-Dutch Law* 1959 *Acta Juridica* 74-83 e.v.; P. van Warmelo *Roman Law and the old Authorities on Roman-Dutch Law* 1961 *Acta Juridica* 38; P. Pauw *Die Romeins-Hollandse Reg in oënskou* 1980 TSAR 32 op 36.

<sup>21</sup> *The Partiarian Agricultural Lease in South African Law* 7. In die lig van bogenoemde

'Were we bound to follow Dutch writers and them alone, there would be no point in consulting French, Italian, German, Spanish and Belgian authorities; these are constantly quoted in our courts and rightly, for Roman-Dutch law is really a misnomer; that system was for centuries the common law of Western Europe.'

Aangesien die Romeins-Hollandse reg ons gemenereg is en nog steeds geldend is, is dit logies dat ons howe van die ou bronne gebruik sal maak.<sup>22</sup>

Die Kaapse Hooggeregshof<sup>23</sup> het die houding ingeneem dat by regsverge-lyking daar eerder na Europese regstelsels verwys moet word as na die van Engeland:

'If guidance as to the application of law to modern circumstances is to be sought from other legal systems, regard should much rather be had to those systems of the West-European continent which, though codified, have their roots in the same historical soil as our own law.'

Die mening is nog nie deur die appèlhof bevestig nie en kan met eerbied nie standhou nie: soos reeds genoem het selfs lande soos Engeland en Skotland 'n mate van Romeinsregtelike resepsie beleef, met die gevolg dat daar talle aanknopingspunte tussen die Vastelandse en Anglo-Amerikaanse regstelsels is.<sup>24</sup>

Die appèlhof het vanaf sy ontstaan gepoog om Romeins-Hollandse reg, met inagneming van die heersende behoeftes toe te pas. Reeds voor Uniewording in 1910 is besef dat die Romeins-Hollandse regstelsel nie 'n stagnante stelsel is nie, maar een wat hom kan plooi om by veranderde omstandighede aan te pas.<sup>25</sup>

'However anxious the Court may be to maintain the Roman-Dutch law in all its integrity, there must, in the ordinary course, be a progressive development of the law, keeping pace with modern requirements.'

Die benadering van die appèlhof tot die resepsie van die Engelse reg in die Suid-Afrikaanse regspraktyk het van tyd tot tyd gewissel. Gedurende die eerste dekade of twee was die appèlhof betreklik Engels georiënteer in sy beregting van

kan die houding van Joubert AR soos weerspieël in *Bank of Lisbon and South Africa Ltd v De Ornelas and Another* 1988 3 SA 580 AD op 604F nie stand hou nie.

'The law of the Province of Holland constitutes the common law of South Africa.'

<sup>22</sup>Van Zyl *Geskiedenis a w* 486,493; 1979 *Annual Survey* 538.

<sup>23</sup>*Maisel v Van Naeren* 1960 4 S.A. 836 K op 847F per waarnemende regter De Villiers. Sien ook H.R. Hahlo & E. Kahn *The South African Legal System and Its Background* 1968 591-2.

<sup>24</sup>Sien Van Zyl *Geskiedenis a w* 279-286. L.G. Baxter *Pure Comparative law and legal science in a mixed legal system* 1983 *CILSA* 84-99.

<sup>25</sup>HR de Villiers in *Henderson v Hanekom* 20 SC 1903 513 op 519. Sien ook Sir James Rose-Innes in *Blower v Van Noorden* 1909 TS 890 op 905; AR D.H. Botha in *Alpha Trust (Edms) Bpk. v Van der Watt* 1975 3 S.A. 734 A op 749.

aangeleenthede waar die Engelse reg reeds wortel geskiet het.<sup>26</sup> 'n Teenreaksie teen die aanvaarding van Engelse regsbeginnels, al sou dit dan net *in subsidio* wees, kom reeds in 1937 te vore<sup>27</sup> Gedurende die sestigerjare het daar 'n duidelike verskerping in die toepassing van Romeins-Hollandse reg as die primêre bron van ons reg plaasgevind.<sup>28</sup> Die sewentigerjare het 'n meer gematigde houding ten opsigte van die toepassing van engelsregtelike beginsels in die Suid-Afrikaanse regspraktyk beleef en is daar ruimskoots na Engelse beslissings en handboeke verwys.<sup>29</sup>

Ongeag die oorsprong van 'n regsreël, is dit so dat die reg ooreenkomstig die behoeftes van sy tyd geïnterpreteer moet word.<sup>30</sup>

'When the architects of a legal system are looking around for new material with which to fill in the blanks in their native legal philosophy, it matters little where the chosen principles originated, provided they are capable of being usefully adapted to meet the needs of the situation.'<sup>31</sup>

In navolging van bogenoemde is dit te hope dat die tyd spoedig sal aanbreek waar die vraag na die oorsprong van 'n regsreël slegs van akademiese belang sal wees solank daar aan die vereistes van die reg voldoen word.

<sup>26</sup>Sien regter Wessels in *Littlejohn v Norwich Union Fire Insurance Society* 1905 T.H. 374 op 378. Sien ook HR Solomon in *Mancho v S.A.R.* 1928 AD 89 op 100, as ook AR Greenberg in *Feldman (Pty.) Ltd. v Mall* 1945 AA 733 op 776: 'Where there is no difference in principle our courts have always sought and obtained guidance from the decisions of the English courts.'

<sup>27</sup>Sien wrn. HR Stratford in *Dukes v Marthinussen* 1937 AA 12 op 22-23. Sien ook AR F.P. van den Heever in *Baines Motors v Piek* 1955 1 SA 534 A op 543B-C.

<sup>28</sup>Sien *Regal v African Superslate (Pty.) Ltd.* 1963 1 SA 102 A; *Trust Bank van Afrika Bpk. v Eksteen* 1964 3 SA 402 A op 410-411. Sien ook F.L.H. Rumpff 'n *Waardering van die Bydrae tot die ontwikkeling van die Regswetenskap in die appèlhofuitsprake van Hoofregter L.C. Steyn* 1978 TSAR 87-106.

<sup>29</sup>*Bezuidenhout v A.A. Mutual Insurance Association Ltd.* 1978 1 SA 703 A op 710H-711A.

<sup>30</sup>P. Koschaker *Europa und das römische Recht* 1966 125-6.

<sup>31</sup>Lord Cooper of Culross *The Common and the Civil Law — A Scot's View* 1950 Harvard Law Report 468 op 470.

## Hoofstuk 4

# Volkereg en Munisipale reg

### 4.1 Algemene Debat

Die aard en werking van die volkereg in die munisipale sfeer is onderhewig aan die volgende probleemstellings:

- Is volkeregreëls deel van die munisipale reg, d.w.s het die volkereg soos toegepas deur die howe regseffek binne die staat sonder dat sodanige reëls eers in 'n munisipale wetgewing deur 'n toepaslike wetgewende proses omskep moet word en
- Geniet die volkereg outomaties voorrang bo teenstrydige munisipale wetgewing?

Die vrae hang ten nouste saam met die verskillende teorieë wat die verhouding tussen die twee regstelsels reguleer.

Die teoretiese geskil word normaalweg voorgestel as 'n botsing tussen dualisme en monisme. Die volgende voorbeeld is 'n aanduiding van die tipe situasie wat betrekking het op die teoretiese geskil:<sup>1</sup> 'n Vreemde vaartuig word gearresteer en die bemanning deur die munisipale hof verhoor, aangesien hulle sekere doeane-wette oortree het. Die munisipale reg skryf 'n doeane-nakomingsone van  $x$  myl voor. Die verweerders argumenteer dat ingevolge die volkereg 'n doeane-sone van  $x - 4$  myl toegelaat word en dat die vaartuig tydens arrestasie nog nie die sone waar afdwinging ingevolge die volkereg regverdig is, binnegegaan het nie.

Die fundamentele verskil tussen volkereg en die munisipale reg, volgens die dualiste, is die feit dat die twee stelsels verskillende subjekte reguleer. Indien die munisipale hof volkereg toepas waar daar 'n botsing tussen die twee stelsels bestaan, is dit slegs 'n uitoefening van die gesag van die munisipale reg, 'n

---

<sup>1</sup>I. Brownlie *Principles of Public International Law* 3e uitg 1979 33.

adoptasie of transformasie van die volkereg. Volgens die moniste behoort die volkereg deur die munisipale hof toegepas te word in gevalle van botsing.

Die verskillende teorieë sal nou kortliks bespreek word.<sup>2</sup>

#### 4.1.1 Dualisme

Eksponeer<sup>3</sup> van die skool voer aan dat die volkereg en munisipale reg twee totaal verskillende regstelsels is. Die resultaat is 'n verskil in regsbronne, subjekte en inhoud.

Munisipale reg ontstaan as gevolg van die wil van die staat. Uitvoering word aan die wil gegee deur wetgewende en judisiële organe of manifesteer homself as gewoontereg. Die bron van die volkereg is geleë in die gemeenskaplike wil van state. Dié wil verkry uitdrukking in verdrae of gewoonte.

Voorts bemoei die munisipale reg homself met die verhouding tussen individue onderling binne die staatsbestek asook met die verhouding tussen individue en die staat, terwyl die volkereg die verhouding tussen state onderling of tussen state en ander internasionale organe en organisasies wat wel volkeregs-subjekte is, reguleer.

Derdens is die subjekte van die munisipale reg munisipale organe, juridiese en natuurlike *personae*. Die volkereg reguleer die verhouding tussen gelyke lede van die internasionale gemeenskap, dit wil sê state en internasionale organe.

#### 4.1.2 Monisme

Die kern van die teorie is dat alle regsreëls op die ou end die gedrag van individue reguleer. Die enigste verskil is dan dat in die internasionale sfeer die gevolge van sodanige optrede toegedig word aan 'n staat.

Volgens die moniste is die reg 'n bevel wat bindend is op alle regssubjekte, onafhanklik van hul wil. Daarom word die volkereg en munisipale reg as een verenigde stelsel gesien, waar die munisipale reg sy bindende krag by wyse van delegasie vanaf die volkereg ontvang. Sodoende deel beide regstelsels dieselfde bronne en subjekte.

Die geskil tussen monisme en dualisme kan as kunsmatig en onwerklik beskou word, aangesien dit die bestaan van iets wat in werklikheid nie bestaan nie, maar nodig is vir die voortbestaan van die geskil aanvaar, naamlik die bestaan van 'n gemene veld waarin beide stelsels gelyktydig opereer. Dit sou byvoorbeeld nutteloos wees om 'n geskil te begin of die Engelse regstelsel voorrang bo die van die Franse geniet of vice versa, aangesien die twee regstelsels nie voorgee om dieselfde toepassingsveld te deel nie. Indien 'n botsing in sekere gevalle tussen

<sup>2</sup>Teorieë: R. Schaffer *The Inter-Relationship between Public International Law and the Law of South Africa: An Overview* 1983 ICLQ 277-283; I. Brownlie *at* 33-59; J.H.W. Verzijl *International Law in Historical Law: Collected Papers* 1 1968 op 90-183.

<sup>3</sup>Hersch Lauterpacht *International Law: Collected Papers* 1 *General Works* 1970 op 151 - 177.



die twee stelsels ontstaan, word dit deur elke staat se eie reëls en sy eie howe opgelos.

Dit kan dus aangevoer word dat daar geen botsing tussen enige twee stelsels in die munisipale sfeer kan ontstaan nie, daar enige sodanige botsing deur die toepaslike munisipale regsreëls opgelos sal word. Dit is 'n ander vraag of sodanige botsings bevredigend deur die munisipale reg opgelos kan word.

Enige botsing tussen die twee stelsels in die internasionale sfeer sal deur die volkereg besleg word, omdat die volkereg in die sfeer nie net voorrang geniet nie, maar dit die enigste stelsel is. Munisipale wetgewing word nie as sulks in die internasionale sfeer aangewend nie.

Anzilotti<sup>4</sup> stel dit as volg:

'It follows from the same principle that there cannot be conflict between rules belonging to different juridical orders, and, consequently, in particular between international and internal law. To speak of conflict between international and internal law is as inaccurate as to speak of conflict between the laws of different States: in reality the existence of a conflict between norms belonging to different juridical orders cannot be affirmed except from a standpoint outside both the one and the other.'

#### 4.1.3 Harmoniseringsteorie

Formeel gesproke kan die volkereg en munisipale reg as sisteme dus nie in konflik verkeer nie. Wat wel voorkom is 'n konflik in verpligtinge, of die onvermoë van die staat om in die munisipale sfeer in ooreenstemming met die volkereg op te tree. Dit het gelei tot die ontstaan van 'n derde teorie, die harmoniseringsteorie.

Volgens O' Connell:<sup>5</sup>

'A monistic solution to the problem of the relationship of international law and municipal law fails because it would treat one system as a deviation of the other, ignoring the physical, metaphysical and social realities which in fact detach them ... But a dualist solution is equally deficient because it ignores the all-prevailing reality of the *universum* of human experience ... The correct position is that international law and municipal law are concordant bodies of doctrine, each autonomous in the sense that it is directed to a specific, and to some extent, an exclusive area of human conduct, but harmonious in that in their totality the several rules aim at a basic human good.'

En verder:

<sup>4</sup>D.J. Harris *Cases and Materials on International Law* 2e uitg 1979 56 vn 1.

<sup>5</sup>D.P. O' Connell *International Law* 1 2e uitg 1970 43-5.

'Law being a rule for the solution of human conflicts ...should be harmonious and should not allow for contradictory rules of behaviour. If contradictory rules in fact exist it does not follow that one of them must be void; but neither does it follow that the systems which gave rise to them are mutually incompatible. It is one of the principal functions of juristic reasoning to eliminate contradiction by harmonising the points of collision, not by pretending they do not exist, nor by ousting the one with the other ... The theory of harmonisation assumes that international law ...forms part of municipal law ...but in the rare instance of conflict between the two systems this theory acknowledges that [the municipal judge] is [bound] by his jurisdictional rules ... The judge, when faced with a conflict between international law and municipal law, is in the presence of two texts of distinct formal origin, but claiming the same juridical substratum for their legal value. The substratum is not destroyed by virtue of the formal distinction of domains of application. The judge is bound by the demarcation of their domains, but he must not assume that there is any inherent incompatibility between them. Rather, he must give affect to both, within the limits of the competence conferred on him; presuming that when he applies international law he encounters no obstacle from municipal law and vice versa.'

Sir Gerald Fitzmaurice<sup>6</sup> ondersteun die harmoniseringsteorie. Volgens hom handel die belangrikste vraag nie oor die formele onderskeid tussen die twee regstelsels nie, maar tot watter mate die volkereg die staat verplig, hoe indirek ook al, om sy munisipale reg aan te pas by die volkereg in soverre dit reperkussies in die internasionale sfeer het.

#### 4.1.4 Munisipale Reg in die Internasionale Sfeer

Volgens Holloway<sup>7</sup> erken Fitzmaurice dat daar 'n konflik kan ontstaan indien die staat dit onmoontlik vind om aan te pas by die vereistes wat die volkereg daarstel. Waar state in sulke gevalle versuim om hul volkeregtelike verpligtinge na te kom, kan hul internasionaal aanspreeklik gehou word:

'It would seem that he is supporting the idea of a certain independence between the two orders, each supreme in its own field, but with international law exercising indirectly or implicitly a measure of co-ordination and harmonisation.'

<sup>6</sup>Sir Gerald Fitzmaurice *The General Principles of International Law, Considered from the Standpoint of the Rule of Law* 1957 2 *Recueil* 1 op 7.

<sup>7</sup>Kaye Holloway *Modern Treaties in Treaty Law* 1967 246-7.

Die standpunt is ook in ooreenstemming met artikel 13 van die *The Declaration of Rights and Duties of States* wat in 1914 deur die Internasionale Regskommissie aangeneem is:

'Every State has the duty to carry out in good faith its obligations arising from treaties and other sources of international law, and it may not invoke provisions of its constitutions or its laws as an excuse.'

Die benadering vind ook uitdrukking in die regspraak.<sup>8</sup> Daarom rus daar dus 'n algemene plig op state om hul munisipale wetgewing in pas te bring met hul volkeregtelike verpligtinge ingevolge verdragregtelike verpligtinge en gewoontereg.<sup>9</sup>

## 4.2 Transformasie- en Adoptasieteorieë

Die toepassing van die leerstuk in die munisipale sfeer hang ten nouste saam met die transformasie- en adoptasieteorieë.

Aangesien die dualiste aanvoer dat die twee regstelsels verskillende bronne, subjekte en inhoud het, kan volkeregreëls nie direkte aanwending vind binne die munisipale sfeer nie. Die gevolg is dat elke volkeregreël getransformeer of geïnkorporeer moet word in die munisipale wetgewing. Die transformasieproses vind plaas deur die uitvoer van 'n gesaghebbende regshandeling, of wetgewing of gewoonte. Felix Morgenstern<sup>10</sup> stel dit as volg:

'The true meaning of the doctrine of transformation is that each rule of international law must be individually incorporated in municipal law, as international law itself is, by its nature, inapplicable in the municipal sphere.'

Die probleem bestaan nie by die moniste nie, aangesien hulle aanvoer dat die twee regstelsels aan dieselfde regsorde behoort. Sommige moniste hang wel die adoptasie of inkorporasie teorie aan. Morgenstern<sup>11</sup> verduidelik dit as volg:

'As international law is thus not by its nature applicable to individuals, it can be 'adopted' as such, into the municipal law of individual states. This means that a specific act of 'transformation' of each individual rule of international law is not required before international

<sup>8</sup> *Alabama Claims Arbitration* 1872; *Free Zones-saak* 1932 PCIJ Ser A/B no. 46 167; *Wimbledon-saak* 1923 Ser A no.1 29; *Fisheries-saak* ICJ Reports 1951 116 op 132; *Nottebohm-saak* 1955 4 op 20-1.

<sup>9</sup> L Oppenheim *International Law — A Treatise I — Peace* 8e uitg 1955 44-5; Sien ook St. ICJ 21 Feb 1925 *Exchange of Greek and Turkish Populations* B10 op 20.

<sup>10</sup> F. Morgenstern *Judicial Practice and the Supremacy of International Law* 1950 BYIL 42 op 50.

<sup>11</sup> F. Morgenstern a w 59-60.

law can be applied to legal relations within the State. 'Adoption' does not mean that international law is operative in the municipal sphere by virtue of a rule of international law superior to and independent of the will of the State. The enforcement of international law within the State under the doctrine of adoption is dependant on the will of the State concerned. . . . The doctrine of 'adoption' differs from the doctrine of 'transformation' in that it makes possible the automatic operation of international law in the municipal sphere, with a consequent enhancement of its authority.'

Volgens die dualiste is 'n verhouding tussen die twee regstelsels noodsaaklik, alhoewel hulle van verskillende bronne afkomstig is en verskillende subjekte raak. Voorts word aangevoer dat konflik nie tussen die twee stelsels kan ontstaan nie en is dit dus onnodig om te besluit watter stelsel voorrang sal geniet. Potensiële konflik word vermy deur gebruik te maak van die transformasieteorie, daar volkeregnorme slegs tot munisipale reg omskep kan word deur middel van die een of ander transformasieproses.

Die ekstreme moniste argumenteer dat alle munisipale regsreëls wat teenstrydig is met die volkereg outomaties nietig is. Dit is so aangesien die munisipale reg sy geldingskrag by wyse van delegasie vanaf die volkereg verkry. Laasgenoemde regstelsel bepaal dus die territoriale en persoonlike geldigheidsfeer van nasionale regstelsels en maak op die wyse die naasbestaan van die twee stelsels wetlik verstaanbaar.

Die gematigde moniste voer aan dat munisipale reg wat teenstrydig is met die volkereg nie outomaties nietig is nie; dit is steeds intern bindend. Desondanks voer die volkereg op die ou end die botoon, aangesien die benadeelde staat die nie-toepassing van die munisipale regsreëls wat teenstrydig is met die volkereg, kan eis. In die gevalle waar state verantwoordelik gehou word as gevolg van die nie-nakoming van sy volkeregtelike verpligtinge, sal die afwesigheid van voldoende bepalings in die munisipale reg as verweer verwerp word deur internasionale tribunale.<sup>12</sup>

Sommige moniste<sup>13</sup> propageer ook die standpunt dat die munisipale reg voorrang geniet bo die volkereg. Die teorie staan ook bekend as 'inverted monism'<sup>14</sup> of 'monism in reverse'. Hiervolgens is die volkereg slegs 'n variasie van die munisipale reg en is dit slegs geldig vir solank die staat toestem om daaraan gebonde te wees. Die teorie het egter nooit die guns van internasionale tribunale ontvang nie.<sup>15</sup>

Duidelike getuienis bestaan wat die afleiding regverdig dat Hoofregter Rumpff in die *Nduli*-beslissing<sup>16</sup> die volkereg as deel van die Suid-Afrikaanse reg beskou het. Dit beteken dat volkeregreëls nie eers getransformeer hoef te word voordat

<sup>12</sup>Hersch Lauterpacht a w 222.

<sup>13</sup>Bv. Bergbohm, Phillip Zorn, Albert Zorn & Wentzel.

<sup>14</sup>D.P. O' Connell a w 42.

<sup>15</sup>G. Decker *The Treaty-Making Power in the Commonwealth of Australia* 1966 164.

<sup>16</sup>*Nduli and Another v Minister of Justice* 1978 1 SA 893 A.

dit deur die Suid-Afrikaanse howe toegepas word nie. Dieselfde houding word deur regter Margo in die *Inter-Science*-beslissing<sup>17</sup> gevolg waar hy bevind dat die volkereg deel is van die Suid-Afrikaanse reg en dat dit die plig is van die howe om in elke geval die toepaslike volkeregreël toe te pas, sonder om te vereis dat dit eers deur 'n transformasieproses moet gaan.

Die rang wat die volkereg in die munisipale sfeer geniet is veral belangrik in gevalle van konflik. Dit kan deur 'n uitdruklike bepaling in 'n Grondwet, of by wyse van stilsweye d.w.s. deur staatlike orgaanpraktyk gereël word. Ten opsigte van volkeregtelike gewoontereg het Blackstone<sup>18</sup> die volgende maatstaf neergelê:

'The Law of Nations wherever any question arises which is properly the object of its jurisdiction is here adopted, in its full extent, by the common law and is held to be a part of the law of the land.'

Hiervolgens word volkeregtelike gewoontereg op 'n algemene wyse outomaties en munisipaal uitvoerbaar gemaak. In die lande met 'n *common law* tradisie asook in Switserland geskied dit by wyse van 'n ongeskrewe grondwet.

'n Aantal moderne grondwette maak uitdruklik hiervoor voorsiening:<sup>19</sup>

1. Oostenrykse *Bundesverfassungsgesetz*, Art 9 van 1920:

'Die allgemein anerkannten Regeln des Völkerrechts gelten als Bestandteile des Bundesrechtes.'

2. Spaanse Republikeinse Grondwet, Art 7 van 1931:

'Der spanische Staat wird die universellen Normen des Völkerrechts befolgen, in dem er sie in sein nationales Recht eingliedert'

3. Italiaanse Grondwet, Art 10(1) van 1947:

'Die italienische Rechtsordnung pass sich den allgemein anerkannten Regeln des Völkerrechts an.'

4. Wes-Duitse Grondwet, Art 25 van 1949:<sup>20</sup>

'Die allgemeinen Regeln des Völkerrechts sind Bestandteil des Bundesrechtes. Sie gehen den Gesetzen vor und erzeugen Rechte und Pflichten unmittelbar für die Bewohner des Bundesgebiets.'

5. Namibiese Grondwet, Art 144 van 1990:

<sup>17</sup> *Inter-Science Research Development Services (Pty) Ltd v Republica Popular de Moçambique* 1980 2 SA 111 T op 124H.

<sup>18</sup> *Commentaries on the Laws of England* IV 1769 Hfst V op 20; H. Lauterpacht *Is International Law a Part of the Law of England* 1939 *Transactions of the Grotius Society* 25 op 51 e.v.

<sup>19</sup> Alfred Verdross – Bruno Simma: *Universelles Völkerrecht Theorie und Praxis* 3e uitg 1984 §853.

<sup>20</sup> *Grundgesetz-Kommentar* 2 Saamgestel deur Ingo von Münch 2e uitg 1983.



‘Unless otherwise provided by this Constitution or Act of Parliament, the general rules of public international law and international agreements binding upon Namibia under this Constitution shall form part of the law of Namibia.’

Die voorrang wat die volkereg in die internasionale sfeer geniet, dwing dus nie die regter in die munisipale sfeer om plaaslike wetgewing te ignoreer en volkereg toe te pas nie.

Die munisipale reg bepaal self watter wetgewende of administratiewe stappe geneem moet word om met die saak te handel. Die praktyk lei daartoe dat die inkorporasie van volkeregtelike gewoontereg as ‘part of the law of the land’ veel van sy toegeneentheid teenoor die volkereg verloor. Om die resultaat te vermy, word munisipale wetgewing sover moontlik uitgelê dat dit in ooreenstemming met die volkereg is.<sup>21</sup>

Die voorrang wat die volkereg in die internasionale sfeer geniet, beteken slegs dat die betrokke staat in die internasionale sfeer verantwoordelik gehou sal word vir die verbreking van sy volkeregtelike verpligting.

Die ander implikasie van Hoofregter Rumpff se aanhaling hou verband met die rangorde wat die volkereg in die Suid-Afrikaanse reg beklee. Indien die volkereg deel is van die Suid-Afrikaanse reg, beklee dit nie ’n ondergeskikte posisie in ons reg nie. Die beperkinge wat die staatsreg op die toepassing van enige regsreël en dus ook die volkereg deur die howe plaas, byvoorbeeld die reël dat wetgewing altyd voorrang geniet, illustreer die rol wat die staatsreg in die ondersoek speel.

## 4.3 Engeland

### 4.3.1 Algemeen

Die verhouding tussen die volkereg en Suid-Afrikaanse munisipale reg, soos toegepas deur die howe, word grootliks beïnvloed deur die Engelse *common law*-reëls. Die redes vir die gebruik is veelvuldig, onder andere:

- Daar bestaan geen konstitusionele bepalings of algemene wetgewing in Suid-Afrika wat lig kan werp op die vraag nie.<sup>22</sup>
- Die Suid-Afrikaanse regeringstruktuur is op die Engelse model gebaseer wat gekenmerk word deur die magsbalans tussen die drie regeringstake.<sup>23</sup>

<sup>21</sup>Morgenstern a w 3.

<sup>22</sup>R. Schaffer a w 283.

<sup>23</sup>A.J.G.M. Sanders *The Applicability of Customary International Law in Municipal Law — South Africa’s Monist Tradition* 1977 THRHR 150.

### 4.3.2 Volkeregtelike Gewoontereg

Die staatsreg het ook implikasies vir die volkereg. Die Engelse reg is ongetwyfeld ten opsigte van die staatsreg by die Suid-Afrikaanse gemene reg ingesluit. Die reëling steun op twee bene, naamlik:

- Die feit dat Engeland sy gesag deur geweld in die Kaap gevestig het. Die Engelse reg het dus as basis van die owerheidsgesag van daardie tyd gedien.
- Tydens die vestiging van die Engelse het daar nie eintlik owerheidsinstellings bestaan nie. Die nuwe instellings wat die Engelse opgerig het, was geskoei op die Engelse patroon, aangesien dit prakties was.

Die aanhaling van Hoofregetr Rumpff vind aansluiting by die denkrigting dat enersyds die Romeins-Hollandse reg as gesag dien vir die stelling dat volkereg telike gewoontereg deel van die suid-Afrikaanse reg is, en andersyds dat die Engelse *common law* by die Suid-Afrikaanse staatsreg as gemene reg geld. Dit bepaal dan ook die basis waarop die howe volkereg sal toepas. Die verhouding tussen die volkereg en munisipale reg soos blyk uit die Engelse praktyk sal eers ondersoek word.

Die beginsel dat volkereg telike gewoontereg deel vorm van die *common law* van Engeland, is deur Blackstone in sy *Commentaries on the Laws of England*<sup>24</sup> neergeleë.

Die leerstuk word reeds in 1737 deur Lord Mansfield in die *Barbuit*-beslissing<sup>25</sup> bevestig en goedgekeur.

Die beginsel van Blackstone het 'n tydelike terugslag ondervind in die *Franconia*-beslissing.<sup>26</sup> Lauterpacht<sup>27</sup> skryf die aandring van sommige regters in die beslissing op die nodigheid van parlementêre wetgewing, voordat volkereg telike gewoontereg toegepas sal word, toe aan die feit dat daar in die volkereg onsekerheid geheers het oor die onderwerp in geskil.

In *West Rand Central Goldmining Co. v R*<sup>28</sup> word die Blackstone-beginsel herbevestig:

'It is quite true that whatever has received the common consent of civilised nations must have received the assent of our country, and that to which we have assented along with other nations in general may properly be called international law, and as such will be

<sup>24</sup>Blackstone *Commentaries on the Laws of England* 15 uitg 1809 Boek IV Hoofstuk 5 op 67.

<sup>25</sup>*Barbuit* 1737 Cas.t Talb. 281; 25 E.R. 777. Lord Mansfield herhaal en bevestig die leerstuk in daaropvolgende beslissings: *Triquet v Bath* 1764 3 Burr. 1478; *Heathfield v Chilton* 1767 4 Burr 2016.

<sup>26</sup>*R v Keyn (The Franconia)* 1876 2 EX.D. 63.

<sup>27</sup>Lauterpacht a w 219; Morgenstern a w 52 beskou die beslissing as 'n oënskynlike uitsondering.

<sup>28</sup>*West Rand Central Goldmining Co. v R* 1905 2 KB 391 op 406-7.

acknowledged and applied by our municipal tribunals when legitimate occasion arises for these tribunals to decide questions to which doctrines of international law may be relevant.'

Ten spyte van bogenoemde gesag, was daar *dicta* wat kan aandui dat die Blackstone-beginsel deur sommige Engelse regters<sup>29</sup> bevraagteken word. (Dit is dan ook die gesag wat Booysen<sup>30</sup> aanhaal ter ondersteuning van sy argument dat die volkereg nie outomaties deel is van die Engelse reg nie.)

Lauterpacht beskou dit as geïsoleerde *dicta* wat geensins die gesag van die Blackstone-beginsel verminder nie.

O'Connell<sup>31</sup> gee 'n ander interpretasie aan die stelling van Lord Atkin<sup>32</sup> dat

'so far, at any rate, as the courts of this country are concerned, international law has no validity save insofar as its principles are accepted and adopted by our own domestic law.'

en aan die soortgelyke stelling van Lord Wright<sup>33</sup> dat 'n volkeregtelike reël

'is binding on the municipal courts of this country in the sense and to the extent that it has been received and enforced by these courts.'

O'Connell glo dat beide Lord Atkin en Lord Wright waarskynlik gemeen het dat 'n Engelse hof gebonde is aan sy eie reëls van *stare decisis* wanneer dit volkereg toepas, sodat dit nie nuwe of veranderde volkereg kan navolg wanneer sodanige presedente reeds bestaan nie.

Ondanks die uitsonderings, blyk dit uit die moderne Engelse regspraktyk dat volkeregtelike gewoontereg as deel van die Engelse *common law* beskou word.<sup>34</sup>

## Wetgewing

Enkele uitsonderings kom egter voor. Dit word algemeen aanvaar dat volkeregtelike gewoontereg nie toegepas sal word in gevalle waar dit bots met Engelse

<sup>29</sup>Sien *Mortensen v Peters* 1906 8 F (Ct. of Sess) 93; *Commercial and Estates Co. of Egypt v Board of Trade* 1925 1 KB 271 op 293 (per Lord Atkin); *Chung Chi Cheung v The King* 1939 AC 160 op 167 (per Lord Atkin); *Compania Naviera Vascongado v Steamship Cristina* 1938 AC 485 op 497 (per Lord MacMillan).

<sup>30</sup>H. Booysen *Is Gewoonteregtelike Volkereg deel van ons Reg?* 1975 THRHR 316.

<sup>31</sup>a w 50.

<sup>32</sup>*Chung Chi Cheung v The King* 1939 AC 160 op 167.

<sup>33</sup>*The Christina* 1938 AC 485 op 502.

<sup>34</sup>Sir Arnold D. McNair *The Method whereby International Law is made to prevail in municipal courts on an issue of International Law* *The Grotius Society Transactions for the year 1944/1945* 11-45; H Lauterpacht *Is International Law a Part of the Law of England?* a w 1940 51-80; I. Brownlie a w 49. Nadat hy (Brownlie) die beslissings bespreek het wat handel oor die vraag of die transformasieteorie of inkorporasieteorie geld, kom hy tot die gevolgtrekking:

'These authorities taken as a whole, support the doctrine of incorporation, and the less favourable dicta are equivocal to say the least.'

wetgewing nie, ongeag of die wetgewing vroeër of later as die betrokke volkeregreël ontstaan het.<sup>35</sup> Die uitsondering word egter afgewater deur 'n uitlegreël naamlik dat die wetgewer nie doelbewus sal afwyk van die volkeregreë. Verder behoort wetgewing, sover moontlik, geïnterpreteer te word om 'n botsing met die volkeregreë te vermy.<sup>36</sup>

Lord Porter stel dit as volg in *Théophile v Solicitor-General*:<sup>37</sup>

'There is a presumption that Parliament does not assent or assume jurisdiction which goes beyond the limits established by the common consent of nations ... Statutes are to be interpreted, provided that their language admits, so as not be inconsistent with the comity of nations.'

Indien dit die bedoeling van die wetgewer is om af te wyk van volkeregtelike gewoontereg, moet dit duidelik uit die taal van die wet self moet blyk. Indien dit die geval is, is dit verder duidelik dat munisipale howe gebonde is aan die teenstrydige munisipale wetgewing.<sup>38</sup>

Lauterpacht<sup>39</sup> is van oordeel dat die uitsondering geensins die direkte werking van die volkeregreë in die munisipale sfeer aantast nie:

'It merely means that there are limits to the direct operation of international law ... that municipal law can within the State ... assent its overriding force and command judges to act as organs of the State and not as organs of international law ... that within the State the premise of international law is subject to overriding State legislation. But, insofar as municipal law does not actively and unequivocally interfere, the direct operation of international law is a fact.'

Benewens die vermoede is daar ook die bewysregreël dat volkeregreë, in teenstelling met vreemde reg, nie bewys hoef te word deur deskundige getuieis of andersins nie. Die howe sal geregtelik kennis neem van sy reëls en kan uit eie beweging na handboeke en ander bronne as bewys daarvan, verwys.<sup>40</sup> Aangesien die reël dat die volkeregreë deel is van die reg van die land in werklikheid daarop dui dat die volkeregreë as deel van die *common law* van Engeland beskou moet word, is dit duidelik dat die reël dat Engelse wetgewing voorrang geniet bo teenstrydige volkeregreëls, slegs 'n oënskynlike uitsondering is. Engelse wetgewing sal altyd voorkeur geniet as gevolg van die leerstuk van parlementêre soewereiniteit en dit sluit die *common law* van Engeland in.

<sup>35</sup> *Mortensen v Peters* 1906 8 F (Ct. of Session) 93.

<sup>36</sup> *Mortensen v Peters* 1906 8 F (Ct. of Session) 93 op 103; *R v Keyn (The Franconia)* 1876 2 EX.D. 63 op 85; *R v Dudley* 1884 14 QBD 273 op 284; *Le Louis* 1917 210 op 254.

<sup>37</sup> *Théophile v Solicitor-General* 1950 AC 186 op 195-6 PC.

<sup>38</sup> *Polites v Commonwealth* 1945 CLR 60 op 69; *Théophile v Solicitor-General* op 195-6.

<sup>39</sup> Lauterpacht *International Law* a w 221.

<sup>40</sup> *Piracy Jure Gentium* 1934 AC 586.

### *Stare Decisis*

Die *stare decisis*-beginsel vorm die tweede uitsondering. Ingevolge die leerstuk, ook bekend as die presedente-leerstuk, kry 'n hofbeslissing groter regsrag as die blote oplossing van 'n geskil tussen twee partye: dit dien as bindende presedent vir latere beslissings. Die presedentestelsel dui op die verskynsel ingevolge waarvan regters hulle 'gebonde' voel aan vorige beslissings om toekomstige beslissings te formuleer, alhoewel 'n afwykende gewoonteregterlike volkeregreël intussen kon ontwikkel het.<sup>41</sup> Die feit dat munisipale hofe nie altyd ten volle op hoogte is met die subtiliteite van die volkeregreë, verhoed hulle om die streng werking van die *stare decisis*-leerstuk te omseil.<sup>42</sup>

Die toepassing van die leerstuk het daartoe aanleiding gegee dat sommige skrywers argumenteer dat 'English courts [are] no longer applying developing principles of international law but what might be termed an "anglicised" version of those principles.'<sup>43</sup> Die stelling weerspieël nie die hele waarheid nie. Engelse hofe word deur die presedente leerstuk beperk en dit het daartoe gelei dat Engelse reg en volkeregreë in sommige gevalle verskillende paaie gevolg het. Dit word duidelik geïllustreer deur die reg met betrekking tot soewereine immuniteit. Vroeë Engelse beslissings het die absolute beginsel ten opsigte van soewereine immuniteit toegepas, en Engelse hofe was daaraan gebonde alhoewel die internasionale gemeenskap die houding as uitgedien beskou het. 'n Aantal beslissings dui egter daarop dat Engelse hofe die situasie heroorweeg het. In *Thai Europe Tapioca Service Ltd v Government of Pakistan, Minister of Food and Agriculture, Directorate of Agricultural Supplies (Imports and Shipping Wing)*<sup>44</sup> verklaar Lord Denning<sup>45</sup> *obiter* dat 'n vreemde soewereine nie immuniteit sal geniet in gevalle waar hy 'n handelstransaksie met 'n handelaar in Engeland aangaan en waar die geskil in dispuut binne die territoriale jurisdiksie van Engelse hofe val nie. Nóg Lord Lauton, nóg Lord Scarman<sup>46</sup> was bereid om die *obiter* stelling van Lord Denning te aanvaar op grond daarvan dat die *stare decisis*-leerstuk ook van toepassing is op die volkeregreë en dat die reël van absolute immuniteite geïnkorporeer is in die Engelse munisipale reg deur beslissings waaraan die hof gebonde is. Slegs die 'House of Lords' of die wetgewer is volgens hulle by magte om die posisie te verander.

<sup>41</sup> *Chung Chi Cheung v R* 1939 AC 160 PC op 168 per Lord Atkin:

'The courts . . . will treat [international law] as incorporated into the domestic law so far as it is not inconsistent with rules enacted by statutes or finally declared by their tribunals.'

<sup>42</sup> Lauterpacht *Is International Law a Part of the Law of England?* a w 51 op 87 vn(m) wys daarop dat die hof in *Bank of Ethiopia v National Bank of Egypt and Liguori* 1937 Klfst 513 in plaas daarvan om op vorige beslissings te steun, ook in aanmerking kon geneem het dat die okkupasie van Abissinië in stryd was met die Handves van die Statebond.

<sup>43</sup> D.W. Greig *International Law* 2e uitg 1976 op 58.

<sup>44</sup> 1975 3 All ER 961 CA.

<sup>45</sup> *supra* 966.

<sup>46</sup> *supra* per L.J. Lawton op 968; per L.J. Scarman op 969-70.



In *Owners of the Ship Philippine Admiral v Wallem Shipping (Hong Kong) Ltd and Others*<sup>47</sup> is daar nader beweeg na die aanvaarding van die restriktiewe teorie met betrekking tot aksies *in rem*. Ongelukkig het die Geheime Raad geen bevinding gemaak ten opsigte van aksies *in personam* nie.

In *Trendtex Trading Corporation v Central Bank of Nigeria*<sup>48</sup> het die appèlhof self beslis dat die restriktiewe immunitetsreël nou deel is van die Engelse munisipale reg, sonder om te wag op die 'House of Lords' of die wetgewer. Alhoewel Lord Stephenson<sup>49</sup> homself gebonde beskou het aan vorige beslissings, het Lord Denning<sup>50</sup> beslis dat die redenasie wat gevolg is deur die Geheime Raad in *The Philippine Admiral*<sup>51</sup> algemeen toegepas moet word en dus aksies *in personam* insluit, aangesien die restriktiewe teorie meer in ooreenstemming is met geregtigheid. Hy gaan van die standpunt uit dat die appèlhof volkeregreëls na die beste van sy vermoë behoort toe te pas en dat die 'House of Lords' die beslissing kan omverwerp, indien nodig. Hy verklaar:<sup>52</sup>

'Seeing that the rules of international law have changed — and do change — and that the court have given effect to the changes without any Act of Parliament, it follows to my mind inexorably that the rules of international law, as existing from time to time, do form part of our English law. It follows, too, that a decision of the court as to what was the ruling of international law fifty or sixty years ago is not binding on this court today. International law knows no rule of *stare decisis*. If this court today is satisfied that the rule of international law on a subject has changed from what it was fifty or sixty years ago, it can give effect to that change and apply the change in our English law — without waiting for the 'House of Lords' to do it.'

Lord Shaw<sup>53</sup> het met Lord Denning saamgestem dat Engelse howe vry is om die huidige konsep van beperkte immunitet toe te pas. Hy beklemtoon egter die reël dat volkereg deel is van die law of the land en verder dat die Engelse howe dit nouliks kan volg indien die howe verplig is om volkereg as deel van die Engelse reg toe te pas wat nie meer bestaan nie. Hy gaan nie sover as Lord Denning deur te sê dat volkereg geen reël van *stare decisis* ken nie, maar voer aan dat waar dit die werking van die *stare decisis*-leerstuk is

'to preclude a court from overriding a decision which binds it in regard to a particular rule of international law, it does not prevent

<sup>47</sup>1976 1 All ER 78 PC op 95-6.

<sup>48</sup>1977 2 WIR 356 CA

<sup>49</sup>supra 381.

<sup>50</sup>supra 367-8.

<sup>51</sup>*Owners of the Ship Philippine Admiral v Wallem Shipping (Hong Kong) Ltd and Others* 1976 1 All ER 78 PC op 95-6.

<sup>52</sup>*Trendtex Trading Corporation v Central Bank of Nigeria* 1977 2 WIR 356 CA op 365-6.

<sup>53</sup>supra 388.

a court from applying a rule which did not exist when the earlier decision was made if the new rule has had the effect of extinguishing the old rule.’<sup>54</sup>

Hieruit blyk dit dat die *stare decisis*-beginsel nie ongekwalfiseerd toegepas kan word deur munisipale howe rakende die volkereg nie. Sir Samuel Evans in *The Odessa*<sup>55</sup> waarsku reeds dat

‘precedents handed down from earlier days should be treated as guides to lead and not as shackles to bind. But the guides must not be lightly deserted.’

Die probleem by die toepassing van nuwe volkeregreëls en die *stare decisis*-beginsel is dat dit dikwels moeilik is om te bepaal wanneer ’n volkeregreël ontstaan het. Daarbenewens is lande nie altyd in ooreenstemming nie. Hierteenoor staan die presedenteleerstuk sekerheid en versigtigheid voor.

’n Beter metode sal wees om die *stare decisis*-leerstuk as ’n interpretasie-reël te beskou.<sup>56</sup> Net soos die reël dat wetgewing voorrang geniet bo die gemene reg nie die feit negeer dat die gemene reg (en daarmee saam die volkereg) deel is van die reg van Engeland nie, so kan die reël dat laer howe die beslissings van hoër howe moet volg nie impliseer dat die volkereg nie deel is van die reg van die land nie.<sup>57</sup> Die presedenteleerstuk stel slegs ’n hiërargie van regsnorme daar.

Die beslissing illustreer dat Brierly<sup>58</sup> se uitlatings dat

‘international law is not a part, but is one of sources of English law’

en dat

‘even some of the principles which have been most firmly established as law for English courts represent no more than the national view of what international law is or ought to be’<sup>59</sup>

nie heeltemal akkuraat is nie.

Normaalweg sal volkeregtelike gewoontereg nie in stryd met wetgewing of bestaande regspraak toegepas word nie. Indien geen sodanige beperking bestaan nie, word dit direk toegepas en dus in en deur die Engelse reg geïnkorporeer en geadopteer. Sodoende kan die howe se beslissings ’n bron van die volkereg word, aangesien dit bydra tot die evolusie en erkenning van ’n reël wat tot op daardie tydstop slegs ’n suggestie, ’n akademiese teorie of ’n omstrede voorstel was. Die

<sup>54</sup>supra 388.

<sup>55</sup>IB & CPC op 174.

<sup>56</sup>Schaffer a w 291

<sup>57</sup>Bogaande bespreking lei daartoe dat die gesag waarop Booysen steun om aan te toon dat die volkereg nie deel is van die Engelse reg nie, maar slegs ’n bron, as eensydig verwerp kan word.

<sup>58</sup>J.L. Brierly *International Law in England 1935* 51 *Law Quarterly Review* 24 op 31.

<sup>59</sup>Brierly aw 25.

term 'bron' kan dus as die medium waaruit die reg ontstaan of waardeur die reg gevorm word, gedefinieer word.

Alhoewel sommige volkeregreëls wel beskou kan word as 'n bron van Engelse reg, dui die *Trendtex*-beslissing<sup>60</sup> daarop dat Engelse howe bereid is om nuwe volkeregbeginsels toe te pas, ten spyte van teenstrydige beslissings. Volkerereg behoort, net soos wetgewing, presedent en gemene reg nie net as 'n bron van munisipale reg beskou te word nie, maar ook as 'n noodsaaklike en ontwikkelende deel van die reg. Dit kom duidelik na vore in Lord Denning se analise in die *Trendtex*-beslissing van die inkorporasie en transformasie leerstukke. Wanneer 'n hof gekonfoteer word met 'n verandering in die volkerereg, raak die verskil tussen die twee leerstukke van essensiële belang. Ingevolge die inkorporasieleerstuk sal Engelse reg outomaties verander as die volkerereg 'n verandering ondergaan. Ingevolge die transformasie-leerstuk sal Engelse reg nie verander nie, aangesien presedent dit sal verhoed. Dit impliseer dat die Engelse reg nie sal kan tred hou met ontwikkelings in die volkerereg nie. Die resultaat was dat Lord Denning slegs die inkorporasieteorie kon aanvaar:

'otherwise I do not see that our courts could ever recognise a change in the rules of international law. It is certain that international law does change. I would use of international law the words which Galileo used of the earth: "But it does move". International law does change and the courts have applied the changes without the aid of any Act of Parliament.'

Die *Trendtex*-beslissing is nagevolg in 'n daaropvolgende beslissing.<sup>61</sup> 'n Uitsondering word gevind in *The Uganda Co. (Holdings) Ltd. v The Government of Uganda*.<sup>62</sup> Volgens regter Donaldson is die *Thai-Europe*-beslissing en die *Trendtex*-beslissing onversoenbaar en moet hy hier besluit watter gesag om te volg. Die *Trendtex*-beslissing het twee nuwe aspekte na vore gebring:

- Die beslissing dat die leerstuk van soewereine immuniteit van toepassing is op handelinge *in personam*.
- Die verreikende benadering wat gevolg is ten opsigte van die *stare decisis*-leerstuk.

In teenstelling is *Thai Europe* gebaseer op een en moontlik drie vorige appèlhof-beslissings. Deur die presedenteleer toe te pas het *Thai Europe* meer gewig as

<sup>60</sup> *Trendtex Trading Corporation v Central Bank of Nigeria* 1977 2 WIR 356 CA. Lord Denning verander hier dus sy mening oor die onderwerp soos vergestalt in *R v Secretary of State for the Home Department, ex parte Thakrar* 1974 QB 684 op 701. Booysen steun ook op laasgenoemde beslissing om aan te toon dat volkerereg nie deel is van Engelse reg nie.

<sup>61</sup> *I Congreso del Patrudo* 1978 1 QB 500. Die restriktiewe teorie van soewereine immuniteit is later bevestig deur die appèlhof: 1981 1 All ER 1092. Sien ook *Hispano Americano Mercantil SA v Central Bank of Nigeria* 1979 2 Lloyds LR 277 CA.

<sup>62</sup> 1979 1 Lloyds LR 481 QBD op 486-7.

'n presedent as *Trendtex*, wat die leerstuk ontken of ten minste verander. In die lig hiervan het regter Donaldson se keuse op *Thai Europe* geval.

Regter Lloyd<sup>63</sup> in *Planmount Ltd v Republic of Zaire* beskou regter Donaldson se benadering as oudmodies en '*not the latest pronouncement in this field*'. Hy volg die *Hispano en Congreso*-beslissing na en verklaar as volg:

'it seems to me to have been clearly established by successive decisions in the Court of Appeal that, prior to the passing of the State Immunity Act 1978, a foreign State had no absolute immunity in the English courts, whether the action be brought *in rem* or *in personam*.'

In *I Congreso del Partio* beslis Lord Wilberforce,<sup>64</sup> sonder om meer kommentaar as nodig te lewer op Lord Denning se uitspraak in *Trendtex*, dat indien 'n handeling kommersieel van aard is, die feit dat dit uitgevoer is vir regs- of politieke redes irrelevant is en dat dit nie soewereine immuniteit regverdig nie.

### *Acts of State*

Die Engelse praktyk noodsaak die bespreking van twee verdere uitsonderings op die outomatiese toepassing van gewoonteregtelike volkereg deur munisipale howe.

Ingevolge die leerstuk kan staatshandeling wat op eie grondgebied uitgevoer word, nie deur die howe van ander state bevraagteken word nie. Die leerstuk omvat twee dimensies:<sup>65</sup>

1. Die eerste situasie ontstaan waar 'n individu in die howe van 'n staat gedagvaar word vir 'n handeling wat hy as onderdaan of agent van 'n ander staat uitgevoer het. Dit hang saam met die leerstuk van soewereine immuniteit. Sulke handeling sal normaalweg delikate internasionale politieke geskille omvat wat ongeskik vir beregting in munisipale howe sal wees. Uitsonderings kom egter voor. Die leerstuk sal nie as verweer kan dien ten opsigte van aanklagtes ingevolge oorlogsmisdade, misdade teen vrede of misdade teen humaniteit nie. Ingevolge die leerstuk in die Engelse staatsreg het 'n vreemdeling wat benadeel is deur so 'n staatshandeling, gematig of later deur die Kroon geratifiseer, geen remedie in die Engelse howe nie.<sup>66</sup> Sy enigste remedie is om sy eie regering te versoek om 'n internasionale eis teen Engeland in te stel.

'If an alien or his property suffers injury as a result of an act done outside this country by an officer of the Crown apparently in exercise of his duty, but otherwise than under colour of legal

<sup>63</sup>1981 1 All ER 1110 op 1112,4.

<sup>64</sup>1981 3 WLR 328.

<sup>65</sup>M. Akehurst *A Modern Introduction to International Law* 4e uitg 1982 51-2.

<sup>66</sup>*Buron v Denman* 1848 145 ER 450.

right, and if such act is authorised or ratified by the Crown then no action will be taken against the wrongdoer'.<sup>67</sup>

Die reël is nie van toepassing op

- (a) vreemdelinge wat in Engeland woonagtig is en dus in 'n plaaslike trouverhouding staan nie<sup>68</sup>
- (b) 'n Britse onderdaan, ongeag of hy in Engeland woonagtig is<sup>69</sup>
- (c) 'n Britse onderdaan, ongeag of die handeling in Engeland al dan nie plaasgevind het.<sup>70</sup>

Munisipale howe neem wel kennis van sulke staatshandelinge. Lord Fletcher Moulton verduidelik as volg die rede hiervoor in *Salaman v Secretary of State for India*:<sup>71</sup>

'It may, and often must, be part of their duty [of municipal courts] to take cognizance of it. For instance, if an act is relied on as being an act of State, and as thus affording an answer to claims made by a subject, the Courts must decide whether it was in truth an act of State, and what was its nature and extent.'

2. Die tweede geval kom voor wanneer 'n staat eiendom wat binne sy grondgebied geleë is, onteien en dit aan 'n private individu verkoop wat dan deur die oorspronklike eienaar in die howe van 'n ander staat gedagvaar word.

Baie van die beslissings waar die staatshandelinge-leerstuk in die situasie toegepas is, is Amerikaans. Die toonaangewende Amerikaanse beslissing<sup>72</sup> beskou dit nie as 'n volkeregtelike reël nie, maar as 'n staatsregtelike reël, afkomstig van die beginsel van skeiding van magte: die howe behoort nie die uitvoerende gesag in die voer van sy buitelandse verhoudings te embarrasseer deur handelinge van vreemde state te bevraagteken nie.

Die tweede uitsondering handel oor die feite, omstandighede en gebeurtenisse wat die basis van die voer van buitelandse betrekkings deur die uitvoerende gesag vorm, ook bekend as 'facts of state'.<sup>73</sup>

Dit is feite wat uitsluitlik binne die sfeer van die uitvoerende gesag val.

Sulke feite kan slegs op 'n spesiale wyse bewys word, naamlik deur 'n sertifikaat wat deur die *Foreign and Commonwealth Office* uitgereik word

<sup>67</sup> *Buron v Denman* 1848 2 Exch. 167.

<sup>68</sup> *Johnstone v Pedlar* 1921 2 AC 262.

<sup>69</sup> *Walker v Baird* 1842 AC 191.

<sup>70</sup> *Attorney-General v Nissan* 1970 AC 170.

<sup>71</sup> 1906 1 KB 613 op 639.

<sup>72</sup> *Banco Nacional de Cuba v Sabbatino* 1964 376 US 398.

<sup>73</sup> F.A. Mann *Foreign Affairs in English Courts* 1986 23-62.



of by wyse van 'n verklaring wat deur die Prokureur-Generaal aan die hof gemaak word. Die onderliggende rede vir die praktyk is die bekende reël dat die regbank en die uitvoerende gesag met een stem behoort te praat by sake wat betrekking het op buitelandse betrekkings.<sup>74</sup> Dit is 'n redelike gebruik, aangesien die uitvoerende gesag in die beste posisie is om gesaghebbende inligting as feite aan die howe voor te lê. Dit is ook die toonaangewende beginsel in die VSA waar dit op 'n geskrewe grondwet steun.<sup>75</sup> Of die grondwet geskrewe is, of nie, is irrelevant as die beginsel aan die hand van die aard van die demokrasie verduidelik word: nie die regbank of die staatshoof bedryf buitelandse betrekkings nie; dit is die voorreg van die uitvoerende gesag en hul beslissings moet dus aanvaar word.

Dit is belangrik om daarop te let dat die term misleidend is, aangesien die sertifikaat wat die feite weergee nie begaan is met die bestaan daarvan in die werklike wêreld nie; maar slegs met die erkenning van die regering van Engeland.<sup>76</sup> Dit swyg dus oor hoe die Engelse reg die aangeleentheid sien. Die werklikheid kan totaal verskil van die fiksie wat erkenning of nie-erkenning deur die Engelse regering kan skep.<sup>77</sup>

### Sertifisering en Inligting

Die reël is nie van toepassing op feite of gebeure van 'n historiese, geografiese of wetenskaplike aard nie — dit moet steeds op die gewone manier bewys word.<sup>78</sup>

'n Onderskeid moet dus getref word tussen inligting wat in die afwesigheid van die toestemming van die partye ontoelaatbare getuienis sal wees en sertifikasie wat afdoende en eksklusiewe getuienis vorm.

Die volgende toets onderskei tussen sertifikasie en inligting: Omvat die kommunikasie deur die Kroon by wyse van die bevoegde minister 'n element van erkenning? Indien wel, is dit 'n sertifikaat met eiesoortige eienskappe. Indien die kommunikasie feite weergee wat algemene kennis is of wat onafhanklik van die uitvoerende gesag bewys kan word, bevat dit slegs inligting wat die partye mag of nie mag erken en aanvaar en wat by wyse van gewone getuienislewering weerlê kan word.

### Omvang van die reël

Die belangrikste voorbeelde van die reël is welbekend.<sup>79</sup>

<sup>74</sup> *Government of the Republic of Spain v SS Arantzazu Mendi* 1939 AC 256 op 24; *Taylor v Barclay* 1828 2 Sim 213 op 221; 57 EP 769 op 772.

<sup>75</sup> *Sien Baker v Carr* 369 US 186 1962 op 211.

<sup>76</sup> *Engelke v Musmann* 1928 AC 433 op 455.

<sup>77</sup> Bv. Die Baltiese state is ongeveer 40 jaar reeds in die USSR geïnkorporeer. Tog het Engeland nog in 1983 nie erken dat hul *de jure* opgehou het om te bestaan nie.

<sup>78</sup> *Commonwealth Shipping Representative v P.O. Branon Service* 1923 AC 191.

<sup>79</sup> Oppenheim a w 765-6.

1. Of 'n vreemde staat of regering òf *de facto* òf *de jure* deur Engeland erken is;<sup>80</sup>
2. Of erkenning verleen is as gevolg van verowering deur 'n ander staat of ander veranderings rakende territoriale titel;<sup>81</sup>
3. Of 'n sekere gebied onder die soewereiniteit van die een of ander vreemde staat val;<sup>82</sup>
4. Die soewereine status van 'n vreemde staat of sy monarg;<sup>83</sup>
5. Die verklaar en beëindiging van oorlog teen 'n ander land;<sup>84</sup>
6. Of 'n toestand van oorlog bestaan met 'n vreemde land,<sup>85</sup> of tussen twee vreemde lande;<sup>86</sup>
7. Of daar 'n saak uit te maak is vir weerwraak in maritieme oorlog;<sup>87</sup>
8. Of 'n persoon geregtig is op diplomatieke status;<sup>88</sup>
9. Die bestaan of omvang van Britse jurisdiksie in 'n vreemde land.<sup>89</sup>

Nuwe reëls mag egter opduik as gevolg van die ontdekking van die ruimte, tegnologiese gebruik of eksplorاسie.

### Sertifikasie

Die inligting wat deur die regering (gewoonlik as 'n antwoord op 'n navraag deur die hof) verskaf word, word in 'n sertifikaat wat die regering se gevolgtrekkings bevat, weergegee. Dit verskaf nie die redes of verduidelik nie die proses wat tot die regering se gevolgtrekkings gelei het nie.

Die rede waarom dokumentasie ander dan 'n formele sertifikaat nie op gesteun behoort te word in die regspraak nie, is dat Hansard-verslae, briewe, of ander kommunikasie-middele afkomstig van die uitvoerende gesag nie getuienis in die tegniese sin is nie.

Die verklaring in so 'n tegniese sertifikaat is normaalweg deeglik bestudeer en geformuleer en vergestalt die beste beskikbare getuienis. Indien die sertifikaat

<sup>80</sup> *Luther v Sagor* 1921 1 KB 456. Sien die nuwe Engelse praktyk: Warbrick *The New British Policy on Recognition of Governments* 1981 30 ICLQ 568.

<sup>81</sup> *Bank of Ethiopia v National Bank of Egypt and Liguori* 1937 Ch 513.

<sup>82</sup> *Foster v Globe Venture Syndicate* 1900 Ch D 811.

<sup>83</sup> *Mighell v Sultan of Johore* 1894 1 QB 149; *Duff Development Corporation Ltd. v Kelantan Government* 1924 AC 797.

<sup>84</sup> *Janson v Driefontein Consolidated Mines* 1902 AC 484 op 500.

<sup>85</sup> *R v Bottril ex parte Küchenmeister* 1947 KB 41.

<sup>86</sup> *Kawasaki Kisen Kaisha Ltd v Nippon Yusen Kaisha* 1952 AC 187.

<sup>87</sup> *The Zamora* 1916 2 AC 77 op 98.

<sup>88</sup> *Engelke v Musmann* 1928 AC 433.

<sup>89</sup> *North Charterland Exploration Company (1910) Ltd v The King* 1931 1 Ch 169 A.

dubbelsinnig of tydelik is, behoort ander materiaal, soos Hansard-verslae, in ag geneem te word. Indien die sertifikaat onduidelik is as gevolg van die nuutheid van die situasie of die kompleksheid daarvan, rus daar 'n plig op die hof om dit uit te lê in ooreenstemming met die relevante volkeregtelike beginsels.<sup>90</sup>

### Afdoendenheid

Die sertifikaat is bindend of afdoende in die sin dat geen teenstrydige getuienis toelaatbaar is nie. Die regverdigingsgrond lê in die eenstemmighedsvereiste. 'n Verdere uitvloeisel hiervan is dat die redes wat die betrokke minister noop om sekere staatsfeite te sertifiseer, verwyder is van regterlike hersiening.

### Eksklusiwiteit

Waar *facts of State* vasgestel moet word, is die inligting versoek en deur die uitvoerende gesag verskaf, die enigste toelaatbare bron van die vasstelling van die feite. Ongelukkig bestaan daar geen gesag wat aantoon of die regter verplig is om sodanige versoek aan die betrokke minister te rig nie.

Alhoewel die hof hulself gebonde ag aan die uitvoerende sertifikaat, beskou die hof die optrede van die uitvoerende gesag nie as inmenging nie. Lord Phillimore<sup>91</sup> stel dit so:

'The certificate is no attempt on the part of the executive to interfere with the judiciary of the country. The status which gives the privilege has been already created by the Crown in virtue of its prerogative in order to administer its relations with a foreign country in accordance with international law.'

### Feite, nie die Reg

Die uitvoerende gesag kan nie 'n uitspraak lewer op 'n vraag van die Engelse of volkereg nie. Die regseffek van die gesertifiseerde feite is 'n aangeleentheid wat suiwer onder die gesag van die regbank val. Indien 'n sertifikaat 'n regspunt aanraak, is die hof nie daaraan gebonde nie.<sup>92</sup> Die posisie is egter nie so duidelik met betrekking tot die volkereg nie. Die probleem het ontstaan as gevolg van twee teenstrydige uitsprake van Lord Wilberforce. In *Carl Zeiss Stiftung v Rayner & Keeler Ltd.* het Lord Wilberforce gesê:<sup>93</sup>

'The questions, which it was suggested should be asked, were questions of law which it is the function of the courts to determine and which they are in a position to determine on the basis of the certificate previously given, the terms of which are sufficiently clear.'

<sup>90</sup>Oppenheim a w 767 vn 2.

<sup>91</sup>R. Schaffer a w 296.

<sup>92</sup>*The King v Campbell ex parte Ahmed Hamid Moussa* 1921 2 KB 473.

<sup>93</sup>1967 1 AC 853 op 974.

Daarteenoor het hy die volgende in *Buttes Gas v Hammer*<sup>94</sup> bevind:

'The issues are, as Her Majesty's Government saw them, international issues, and it is in that character that their justiciability by a municipal court must be considered.'

Mann<sup>95</sup> beveel aan dat regspraak, ongeag of dit munisipaal of internasionaal is, deur die hof beslis moet word wat homself nie van die probleem kan distansieer deur dit as nie-beregbaar te beskou. Die hof behoort ook sover moontlik alle beskikbare hulp te bekom deur die *Foreign and Commonwealth Office* vir inligting aangaande *facts of State* te vra en moontlik ook die Prokureur-Generaal te versoek om bystand te verleen.

### Interpretasie van die Sertifikaat

Die sertifikaat van die uitvoerende gesag is onderhewig aan interpretasie deur die regbank, alhoewel dit afdoende en eksklusief ten opsigte van feitevrae is.<sup>96</sup>

Die hof is egter angstig om enige interpretasie van die sertifikaat te vermy of om self uitspraak te lewer oor die bestaan van enige onduidelikheid of dubbelsinnigheid in die sertifikaat. Dit lyk asof hulle verkies om opnuut die uitvoerende gesag te versoek om enige probleem of onsekerheid op te klaar.<sup>97</sup>

Dit is duidelik dat die uitvoerende sertifikaat die outomatiese toepassing van volkeregterike gewoontereg kwalifiseer, maar aangesien dit nie ernstig inbreuk maak op die regsprekende gesag se funksies nie, behoort die gebruik nie as bewys beskou te word dat die volkereg nie deel is van die reg van die land nie.

### 4.3.3 Verdrae

Die posisie rakende verdrae word kortliks bespreek daar die verskillende Suid-Afrikaanse regspraak meestal na volkereg, en nie spesifiek volkeregterike gewoontereg verwys nie.

In Engeland, asook die meeste Gemenebes-lande, is die sluit en ratifikasie van verdrae die prerogatief van die Kroon (of sy ekwivalent).

Die transformasieleerstuk is hier van toepassing. Indien dit nie die geval was nie, sou die Kroon wetgewing vir die onderdaan kon gemaak het sonder parlementêre toestemming. Gevolglik vorm verdrae slegs deel van die Engelse reg as 'n toepaslike parlementêre wet aangeneem is.

Die reël geld ten opsigte van verdrae wat

- private regte en verpligtinge affekteer,

<sup>94</sup> 1982 AC 888 op 930.

<sup>95</sup> a w 54.

<sup>96</sup> *Duff Development Co. Ltd. v Government of Kelantan* 1924 AC 797 op 828.

<sup>97</sup> *Luther v Sagor* 1921 1 KB 456 op 477; *Civil Air Transport Inc. v Central Air Transport Corporation* 1953 AC 70 op 86.

- van openbare fondse gebruik maak,
- verandering van die gemenereg of wetgewing vereis vir toepassing in die howe.

Die reël is nie van toepassing op verdrae rakende oorlogvoering of sessie nie. Daaropvolgende parlementêre wetgewing sal geld bo bestaande verdragsbepalings.



## Hoofstuk 5

# Suid-Afrikaanse Reg en Volkereg

### 5.1 Algemeen

Kritiek bestaan teen die wyse waarop die howe volkereg toepas. Volgens Dugard<sup>1</sup> ignoreer die howe volkereg, indien dit blyk dat daar 'n botsing tussen die volkereg en munisipale reg bestaan.

Die vraag is eers finaal in 1971 beslis dat volkeregtelike gewoontereg deel van ons reg is<sup>2</sup>, alhoewel talle aanduidings daarvan reeds in vroeëre hofbeslissings<sup>3</sup> te vinde is.

Die hofbeslissings waarin die volkereg ter sprake gekom het, sal nou bespreek word met die doel om die volgende vrae te ondersoek:

- Die houding van die regbank met betrekking tot die toepassing van die volkereg.
- Die rol (indien enige) wat die Romeins-Hollandse reg vervul.
- Die bestaan van beperkings ten opsigte van die toepassing van die volkereg deur die howe.

---

<sup>1</sup>J Dugard *The Conflict between International Law and South African Law: Another Decisive factor in South African Society* 1986 *South African Journal on Human Rights* 1-28, veral op 27.

<sup>2</sup>*South Atlantic Islands Development Corporation Ltd v Buchan* 1971 1 SA 234 C.

<sup>3</sup>C.J.R. Dugard *Consular Immunity* 1966 SALJ 83 op 126, 131-2.

## 5.2 Suid-Afrikaanse Hofbeslissings

In *In Re Willem Kok and Nathaniel Balie*<sup>4</sup> is die applikante, beide Griekwas, in Griekwaland-Oos gearresteer en aangehou in 'n militêre fort in die Kolonie, aangesien hulle na bewering betrokke was in 'n struweling met die Koloniale Regering. Die applikante versoek dat hulle as rebelle voor die hof gebring moet word, of dat, indien hulle krygsgevangenes is, hul posisie opgeklaar behoort te word.

Die submissie van die Prokureur-Generaal wat die aansoek teenstaan, is dat die applikante krygsgevangenes is en dat die hof dus nie kan inmeng nie. Hy steun op Vattel.<sup>5</sup>

Volgens De Villiers HR is die vraag wat in die aansoek beslis moet word of Griekwaland-Oos Britse gebied was al dan nie. In die proses word daar ondersoek ingestel na die vereistes vir die bestaan van 'n oorlogtoestand en die posisie van krygsgevangenes.<sup>6</sup> Dit is duidelik volkeregtelike onderwerpe wat sonder huiwering ondersoek is, met veral verwysing na Engelse volkeregskrywers. In antwoord op die vraag of die hof die bevoegdheid het om die vrylating van die applikante te gelas, steun hy op Romeins-Hollandse reg en wetgewing. Die Hoofregter maak die volgende *obiter* opmerking op bladsy 66:

'The disturbed state of the country ought not in my opinion to influence the Court; for its first and most sacred duty is to administer justice to these who seek it, and not to preserve the peace of the country.'

En verderaan:

'The Civil Court have but one duty to perform, and that is to administer the laws of the country without fear, favour or prejudice, independently of the consequences which ensue.'

Nadat die Hoofregter die beginsels van die volkereg as deel van die reg van die land toegepas het, is bevind dat die applikante nie krygsgevangenes is nie. Hul vrylating is gelas.

Die feite in *Irvine v Hughes*<sup>7</sup> is kortliks as volg: Die verweerder het gedurende die oorlog van 1877-78 sekere inwoners toestemming verleen om op die private eiendom van die eiser te bly en bome af te kap vir die maak van krale. Volgens die verweerder het hy in die naam van die Goewerneur van die Kolonie opgetree ter onderdrukking van 'n rebellie en word sy optrede gevrywaar deur die *Military Operations Indemnity Act* van 1878. Die verweerder voer dus aan dat hy 'n staatshandeling uitgevoer het. Die hof het hier spesifiek ondersoek ingestel na die bewoording van die betrokke artikel om vas te stel of die betrokke handeling

<sup>4</sup>1879 9 Buch 15.

<sup>5</sup>*supra* 54; Vattel *Law of Nations* b.3 c.8.

<sup>6</sup>*supra* 61-4.

<sup>7</sup>1880-1881 1 EDC 156.

'n staatshandeling was. Op bladsy 168 kom Barry RP tot die slotsom, na 'n feite-onderzoek gehou is, dat die handeling uitgevoer deur die verweerder nie 'n militêre handeling daarstel nie en dat hy sonder die nodige magtiging gehandel het. Deur na 'n Engelse beslissing te verwys, bevind hy dan ook dat indien die verweer van daaropvolgende ratifikasie deur die Regering geopper was, dit sou misluk het.<sup>8</sup>

Buchanan R ondersteun die mening op bladsy 171 ook op grond van Engelse beslissings. Die Regter gaan dan verder en beslis dat aangesien die betrokke Wet die regte van die individu inperk, dit eng uitgelê moet word, en steun vir die stelling vind hy in Grotius.<sup>9</sup>

Die vereiste wat die Wet stel dat slegs persone wat spesifiek deur die hoogste erkende amptenare van die land gemagtig is, om sulke oorlogshandeling te kan uitvoer, is volgens hom in ooreenstemming met die moderne beginsels van oorlogvoering tensy sulke handeling in noodweer of selfverdediging uitgevoer word waar magtiging geïmpliseer kan word. Gesag vir die stelling vind hy in Wheaton, sowel as Vattel.<sup>10</sup>

Hier het die agbare Regter, 'n munisipale wet so uitgelê dat dit in ooreenstemming is met die beginsels van moderne oorlogvoering, dit wil sê, die volke-reg.

*Acutt Blaine & Co v Colonial Marine Assurance Co.*<sup>11</sup> handel oor state-jurisdiksie. Die eisers het in Natal 'n bevel verkry dat daar op eiendom van die verweerders wat in Natal geleë is, beslag gelê kan word. Die verweerders se *domicilium* is as die Kaapkolonie aangegee.

Die *ratio* vir die beslissing gee De Villiers HR op bladsy 406:

'If it had been proved that the defendants were residents of Natal at the time judgement was given, no difficulty would arise, because the Court would be bound by the comity of States to give effect to the judgement against persons domiciled in the States in which judgement was given.'

En verderaan:

'The principle seems so clear that no authority is needed to support it'.<sup>12</sup>

*Ncumata v Matwa*<sup>13</sup> word dikwels voorgehou as een van die vroegste beslissings waarin volkeregtelike beginsels toegepas is. Daarin is bevind dat die eiendom

<sup>8</sup> *Irvine v Hughes* a w 19, verwys na *Buron v Denman* 2 Exch. 167.

<sup>9</sup> *supra* 172, Grotius, *De Jure Belli ac Pacis*, b.3, c.20, s. 7.

<sup>10</sup> *supra* 173; Wheaton *International Law* part 4, c.2, s 8; Vattel *Droit des Gens* b.8 c.15.

<sup>11</sup> 1882 1 SC 402.

<sup>12</sup> Goedkeuring word egter verleen deur die Hoofregter aan die gesag wat deur die Balie aangehaal is, naamlik Story *Conflict of Laws*; Engelse beslissings; asook Voet 42 1 41 as gesag vir Romeins-Hollandse reg.

<sup>13</sup> 1881-2 2 EDC 272.

van 'n rebel waarop beslag gelê word tydens vyandighede, die eiendom van die Kroon word, op dieselfde wyse as wat die eiendom van die vyand die Kroon s'n sal word tydens oorlog. Op bladsy 279 maak Barry RP die volgende opmerking:

'We are indebted to Mr Solomon for the authorities he has so carefully collected. These exhaust the subject, and render it unnecessary for the Court further to consider the question or refer to other authorities.'

Die hof vereenselwig hom volkome met Mnr Solomon se argument sowel as die gesag waarop hy steun.

Volgens Mnr Solomon<sup>14</sup> was dit die algemene reël dat die roerende eiendom van die vyand die eiendom van die gevangenisnemer word tydens oorlog. Vir gesag steun hy op die Romeinse beginsel van okkupasie en die volkereg. Die hof<sup>15</sup> beslis verder dat die *Placaat* van 22 April 1779 waarop die eiser hoofsaaklik steun 'beside the issue' was omdat

'international law which allows a government to deprive a rebel or an enemy of his property during hostilities has not been touched on by that *Placaat*.'

En dat Wet 16 van 1880 waarop die eiser verder steun,

'does not . . . touch on the principles of international law upon which the defendants base their case. That defence is a sound one, and, both facts and law favouring the defendants, they must have judgment with costs.'

In *In re De Beer*<sup>16</sup> handel dit oor die bestaan van 'n beweerde uitlewerings-ooreenkoms tussen Basutoland en die Oranje-Vrystaat. Die Staatsprokureur steun op volkeregtelike skrywers om aan te toon dat De Beer wel uitgelewer moet word. Volgens die hof is die uitleweringskwessie uitdruklik oopgelaat in die konvensie van Aliwal, 'en dus kan er geen sprake zijn van internationale welwillenheid (*Comitas*).' Die gevangene was dus geregtig op ontslag.

*Cameron v Government OVS*<sup>17</sup> handel oor state-opvolging. Die hof bevind dat die eiser geen betere vorderingsreg teen die Regering van die Oranje-Vrystaat het as wat hy oorspronklik gehad het teen die Regering van die Barolongs nie. Die hof steun op Wheaton.<sup>18</sup>

<sup>14</sup>Supra 277. Gesag waarop gesteun word rakende die verskillende fasette van die beginsel, is onder andere: Maimé *Ancient Law* 246; Wheaton *International Law* 2e uitg wat Grotius en Balthazer Ayala aanhaal; *Inst.* 2.1.17; *D* 4.1.5; Grotius 2.4.34; Van der Linden 118; Vattel *Law of Nations* deur Chitty 384-5.

<sup>15</sup>supra 279.

<sup>16</sup>Greg 1883-1885 deel 1 25.

<sup>17</sup>Greg 1883-1885 deel 1 35.

<sup>18</sup>supra 35; Wheaton (Boyd's Edition) op 42.

In *Queen v Jizwa*<sup>19</sup> het die beskuldigde terreggestaan op 'n aanklag van moord. Die beskuldigde was 'n inwoner van Pondoland-Wes wat op 'n sekere stadium gesedeer is aan Engeland. Die hof beslis dat die wette van 'n gesedeerde gebied geldig bly totdat dit verander word deur die nuwe soewerein. De Villiers HR<sup>20</sup> vra egter die vraag of die beskuldigde 'n Britse subjek geword het slegs as gevolg van die anneksasie. Hy beantwoord dit *obiter* as volg:

'There was a time, no doubt, when the question would probably have received an affirmative answer, but the current of modern legal opinion is in the opposite direction ... Many modern jurists however, maintain that the mere fact of annexation does not create the relation of sovereign and subject, but that there must be either an express or a tacit submission for the purpose ...'

Aangesien die beskuldigde vir twee maande na die anneksasie nog steeds binne die gebied gebly het, bevind die hof dat dit aanvaar kan word dat hy verkies het om 'n Britse subjek te word.

Die hof was dus bewus van en bereid om veranderde volkeregreëls toe te pas.

Die vraag wat in *Maynard et Alii v The Field Cornet of Pretoria*<sup>21</sup> beslis moes word is of die applikante, wat hulself as vreemdelinge beskou, verplig is om militêre diensplig te verrig. Volgens die applikante is hulle nóg op grond van die volkereg nóg ingevolge die Kommandowet (Wet 2 van 1883), wat slegs na die *burghers* van die land verwys, verplig om diensplig te verrig. Mnr Leonard,<sup>22</sup> vir die applikante, argumenteer as volg:

'Now, to proceed to the discussion of the International Law, foreigners cannot be compelled to enter upon military service ... General expressions appearing in local statutes ought so to be interpreted as not to cause a conflict between the local law and the recognised principles of International Law, to which every civilized nation which is desirous of sharing the benefits thereof must subject itself ... All the chief authorities on the subject of International Law are of opinion that no foreigner can be forced to take part in military service; and where they admit exception, it is only in order to meet special circumstances.'

En verder:

'According to the well-known principles of interpretation, the Court is bound to give to the word *burgher* such a restricted meaning as will not violate the liberty of an alien as recognised by International Law.'

<sup>19</sup>1894 11 SC 387.

<sup>20</sup>*supra* 395-6.

<sup>21</sup>1894 1 SAR 214.

<sup>22</sup>*Supra* 215-6. Vir gesag steun hy op Bluntschli *International Law* en Vattel.



Mnr Enselen,<sup>23</sup> die Prokureur-Generaal, maak die volgende opmerking:

'In a young State, with hundreds of thousands of natives within its borders, who are a perpetual menace to it, we must not, in interpreting a special law, faced with the object of meeting the special circumstances of the country, insist too strongly on the strict observation of the rules of International Law, even if they conflict with the local law.'

In 1894 reeds word staatsveiligheid as rede geopper om die nie-nakoming van die volkereg te regverdig. Volgens Enselen is daar in die geval egter geen botsing tussen die volkereg en munisipale wetgewing nie. Hy argumenteer dat waar munisipale wetgewing duidelik is, sodanige bepalings toegepas moet word deur die hof, selfs al is dit in konflik met die volkereg. Die respondent het aangevoer dat die hof nie jurisdiksie het om die aansoek aan te hoor nie.

Die *ratio* vir die beslissing kom duidelik na vore in die volgende aanhalings van Kotzé HR en Jorissen R. Kotzé HR<sup>24</sup> stel dit as volg:

'In section three of our *Grondwet* it is provided: This Republic wishes itself to be acknowledged and respected by the civilised world as a free and independent people. This fundamental principle — bequeathed to us by the founders of the State — each of the three great departments of the State (the legislative, executive and judicial) is bound to reverence and maintain. It is only by our strict observance of law and justice, as put in section eight of our *Grondwet*, that we can retain our position among the free and civilised nations of the earth. Hence it is that we are compelled by our very national existence to conduct ourselves in conformity with the Law of Nations.'

Die hof bevind dus dat daar 'n plig op hom rus om volkeregreëls toe te pas. Daarbenewens sal slegs 'n uitdruklike bepaling in die betrokke wet die hof van sy jurisdiksie kan ontnem.

'And even in the case of doubt, which happily does not exist, the law must be interpreted in such a way as not to conflict with the principles of International Law .... In an American book of authority we read,

"The law of the United States ought not, if it be avoidable, so to be construed as to infringe on the common principles and usages of nations and the general doctrines of International Law. Even as to municipal matters the law should be so construed as to conform to the Law of Nations, unless the contrary be expressly prescribed. An

<sup>23</sup>supra 217.

<sup>24</sup>supra 221-2.

Act of the Federal Congress ought never to be construed so as to violate the Law of Nations, if any other possible construction remains. The Law of Nations makes an integral part of the laws of the land (Wharton's Digest)."

It follows from the above, as put by Sir Henry Maine,

"that the State which disclaims the authority of International Law places herself outside the circle of civilised nations."

It is only by a strict adherence to these recognised principles that our young state can hope to acquire and maintain the respect of all civilised communities, and so preserve its own national independence.' <sup>25</sup>

Na 'n deeglike ondersoek na die volkereg, kom die hof tot die slotsom dat die wet in ooreenstemming is met die volkereg. Beide tref 'n onderskeid tussen vreemdelinge wat kom om te bly en tydelike vreemdelinge. Slegs eersgenoemde kan deur munisipale wetgewing verplig word om diensplig te verrig. Die Hoofregter steun op 'n verskeidenheid volkeregs krywers, onder andere kontinentale skrywers, asook Vattel.<sup>26</sup>

Volgens Jorissen R<sup>27</sup> behoort 'n botsing tussen die volkereg en munisipale reg as volg opgelos word:

'There is no doubt that the laws of this Republic must be viewed and interpreted, in case of ambiguity with due regard to the higher law, which is accepted in all civilized countries as ideal without further proof ... What prevails as right in the whole civilized world must also prevail in this country, and the laws of the country must be interpreted in conformity therewith.'

Dit is die eerste aanduiding deur die regbank van die wyse waarop 'n botsing tussen die volkereg en munisipale reg hanteer behoort te word. Dit wil verder voorkom asof die regter 'n monistiese benadering volg deur 'n hoër posisie aan die volkereg toe te ken as aan die munisipale reg. Die taal wat deur die regter gebruik is, is 'n verdere aanduiding dat hy dit inderdaad as die howe se plig beskou om in gepaste gevalle volkereg toe te pas.

Hy gebruik twee bronne om vas te stel wat die posisie in die volkereg is, naamlik

- *doctores juris* en skrywers, en
- verdrae geteken tussen beskaafde nasies.

---

<sup>25</sup>supra 223.

<sup>26</sup>supra 226-30.

<sup>27</sup>supra 232.

Hy steun op 'n Nederlandse skrywer, wat Vattel aanhaal<sup>28</sup> en kom tot die gevolgtrekking dat die opkommandeer van die applikante nie 'n verbreking van die volkereg daarstel nie.

Indien daar egter in die geval 'n verbreking van die volkereg sou plaasgevind het met betrekking tot die opneem van wapens teen 'barbare' en wilde rasse, sou dit in die diplomatieke arena besleg moes geword het, aangesien die definisie van barbare hier afhang van die uitvoerende gesag.

In *Cook Brothers v The Colonial Government*<sup>29</sup> was die vraag wat beslis moes word of die gesedeerde grondgebied (in die geval Pondoland), die nuwe soewerein gebonde maak aan regte en verpligtinge wat nie in die gesedeerde gebied afdwingbaar is nie. De Villiers HR aanvaar die bestaan van die beginsel in die volkereg dat waar soewereiniteit verkry is deur sessie, die nuwe soewerein die regte en verpligtinge van die voorafgaande soewerein ten opsigte van private eiendom moet nakom.<sup>30</sup> Die probleem volgens hom lê egter in die toepassing van die beginsel.

*The Attorney-General v Andreson*<sup>31</sup> handel oor die vraag of uitlewering kan geskied sonder die bestaan van sodanige ooreenkoms. Die hof *a quo* het bevind dat waar daar geen uitleweringsooreenkoms tussen die Suid-Afrikaanse Republiek en Portugal bestaan nie, die applikant vrygelaat moet word.

Die Prokureur-Generaal appelleer teen die bevinding en argumenteer dat die uitleweringskwessie 'n vraag vir die regering is en nie vir die hof nie, behalwe waar daar so 'n uitleweringsooreenkoms bestaan. Die uitlewering van 'n persoon op versoek van 'n vreemde staat is 'n inherente reg van die Staat.

Mnr Lehman voer verder aan dat die *comitas gentium* vereis dat uitlewering sal geskied, selfs sonder die bestaan van 'n verdrag.<sup>32</sup>

Volgens Mnr Coster, vir die respondent, vereis Wet 9 van 1887 die bestaan van 'n verdrag. In die verskillende verdrae wat met Portugal gesluit is, vermeld nie een die misdryf waarvoor appellant gesoek word nie; ook word daar niks van uitlewering gemeld nie.<sup>33</sup>

Kotzé HR bevind die volgende:

'International jurists are, indeed, not agreed whether the extradition of an offender, in the absence of a treaty, is a matter of duty or discretion. However much I may have been disposed to grant the request of the Attorney-General, and so meet the wishes of the Portuguese Government, the laws of this State and the practice which has arisen under it, leave me no alternative but to confirm the order of Mr Justice Esser.'

En verder:

<sup>28</sup>supra 232.

<sup>29</sup>1895 12 SC 86 op 91.

<sup>30</sup>supra 95.

<sup>31</sup>1897 4 SAR 287.

<sup>32</sup>Supra 288. Vir gesag steun hy op hofbeslissings en volkeregtelike skrywers.

<sup>33</sup>supra 289.

'By virtue of this law (verwysend na Wet 9 van 1887) the application for extradition must be made through diplomatic channels in the manner more fully defined in the treaty.' <sup>34</sup>

Marico R het saamgestem.

Armehoff R, was egter 'n ander mening toegedaan. Volgens hom moet die algemene volkeregtelike beginsel eers bepaal word en dan die mate waartoe munisipale wetgewing, waaraan die hof gebonde is, die beginsel wysig. Dit bevestig die belang wat die regter aan die volkereg heg deur dit bo die munisipale reg te stel. Daar bestaan twee teenoorgestelde teorieë wat die *ratio* vir uitlewering aandui en 'n ondersoek na die teorieë sal aandui of uitlewering kan plaasvind sonder 'n verdrag. Nadat hy dit gedoen het, kom hy tot die gevolgtrekking:

'Repression of crime has, through the extension of international intercourse, ceased to be a concern merely of this or that State, and has become a universal concern which all States are equally bound to protect. But now this obligation will be precisely be isolated by a refusal to extradite. ... Having once and for all discarded the old theory, (wat bepaal dat uitlewering 'n bystandsdaad deur een staat ten gunste van 'n ander is en die uitvoering van laasgenoemde se jurisdiksie) Law No 9, 1887, becomes nothing but a category of the crimes with regard to which the South African Republic assigns the settlement to the civilized world, and, if this be so, the jurisprudence grown up under the local law collapses as being erroneous. After the judgement in *Brown v Leyds* NO (a), I feel at full liberty to adopt this course, and in my opinion the sooner this jurisprudence is thrown overboard the better for the State. The Court in its consideration of the matter ought to be national and not obstructive, and this, in my view, it is to a very great degree by the decision now pronounced and based on antiquated theories.' <sup>35</sup>

Dit is 'n duidelike poging waar munisipale wetgewing so geïnterpreteer is, om nie in die pad van die hof te staan by die toepassing van moderne volkeregtelike beginsels nie. Die funksie en plig van die hof met betrekking tot veranderde volkeregreëls word duidelik uitgelig.

Die Anglo-Boereoorlog het aanleiding gegee tot die bespreking van verskillende volkeregtelike beginsels.

Die applikante in *The Queen v Du Preez and Others*<sup>36</sup> voer aan dat hulle Britse subjekte is en onwettig aangehou word deur die militêre owerhede as krygsgevangenes. Volgens De Villiers HR<sup>37</sup> is ook Britse subjekte geregtig op die hof se beskerming en is die hof geregtig om te gelas dat krygsgevangenes

<sup>34</sup>supra 290.

<sup>35</sup>supra 292-4, veral 294.

<sup>36</sup>1900 17 SC 53.

<sup>37</sup>supra 54.

voor die hof gebring word. Buchanan R<sup>38</sup> was van oordeel dat die hof die vraag met omsigtigheid moet benader, aangesien 'n krygsgevangene ook 'n rebel kan wees.

Gedurende die oorname van Mafeking het die applikant in *Mshwakezele v Guduza*<sup>39</sup> se donkies tot binne die vyand se gebied gedwaal. Guduza het op verskillende wyses in besit van die donkies gekom. Sestien maande na die voorval vind Mshwakezele sy donkies en neem besit van hulle. Volgens Buchanan Wrm AR<sup>40</sup> opper die appèl 'n interessante volkeregtelike vraag. Die werkswyse wat hy volg dui op die ontstaan van 'n volkeregreël wat via die Romeinse reg en Romeins-Hollandse reg inslag in ons reg gevind het. Hy bepaal eers volgens die opinies van handboekskrywers wat die posisie ten opsigte van roerende eiendom van die vyand is tydens oorlog en kom tot die slotsom dat dit as *res nullius* beskou is. Dan verwys hy na Grotius en daarna wat die posisie volgens die Romeinse reg was. Hy kom dan tot die gevolgtrekking dat

'The statement in section 359 of *Wheaton's International Law* seems to me correctly to lay down the law ... Upon capture, the original owner was divested of his property when the enemy had acquired firm possession of the goods, or ... after the booty had been carried into a place of safety *intra praesidio* of the captor.'

In *The King v Hatting*<sup>41</sup> het die beskuldigde hom aan die kant van die Vrystaatse rebelle geskaar en in die proses 'n perd van 'n ander Britse subjek geneem. Mnr King<sup>42</sup> (vir die applikant) voer aan dat die neem van die perd nie *lucranda causa* was nie; dit is gedoen as deel van 'n vyandige beweging teen die regering met die doel om die vyand te arresteer.

Die hof<sup>43</sup> bevind dat die beskuldigde willens en wetens die perd geneem het

'... and that I have been fortified in my view by the reading of a note in *Wheaton's International Law* by Dana, at p. 196, on "Rebels and Pirates" ...'

Alhoewel al die beslissings wat in die hoofstuk bespreek word volkeregbegin-sels gebruik om 'n sekere punt te staaf, blyk dit nie duidelik uit al die beslissings dat die volkereg in selfstandige deel van die Suid-Afrikaanse reg is nie. Die doel van die verwysings is egter ook om die historiese verloop van die wyse waarop die volkereg deel geword het van die Suid-Afrikaanse reg aan te toon.

In *Alexander v Pfau*<sup>44</sup> het dit gehandel oor die vraag of daar beslag gelê kan word op die private eiendom van vyandelike onderdane en rebelle. Wet Nr 20

<sup>38</sup>Supra 55 met verwysing na Hallack *International Law*, C 17, sect 27.

<sup>39</sup>1901 18 SC 167.

<sup>40</sup>supra 170.

<sup>41</sup>1901 15 EDC 79.

<sup>42</sup>supra 80.

<sup>43</sup>supra 82-3.

<sup>44</sup>1902 TS 155.



van 1898 reël die posisie. Innes HR<sup>45</sup> reageer as volg op die argument dat die wet 'n bepaling bevat wat strydig is met die volkereg en dat die hof nie effek moet gee aan sodanige bepalings nie:

'The latter proposition is a bold one, and I desire to guard myself from being considered to assent to it, but in the view which I take of this case it is not necessary to decide it.'

Die volgende vraag wat beslis moes word was

'to ascertain in what respects the common usage of nations has exempted resident aliens from the burdens of contributing to the military necessities of the country in which they live.'<sup>46</sup>

Dit doen hy deur te let op verdrae, Romeins-Hollandse gesag, te wete Grotius en Vattel en latere volkeregs kryers<sup>47</sup> en kom tot die gevolgtrekking dat die munisipale wetgewing nie in stryd is met die volkereg nie.

Wessels R beslis<sup>48</sup>

'whatever the rule of international law may be, the local law of the late South African Republic must be followed in preference to a conflicting rule of international law'

maar kom tot dieselfde gevolgtrekking.<sup>49</sup>

'I can find no authority in international law for the proposition that the goods of neutrals or belligerents are exempt from seizure for war purposes.'

Smith R<sup>50</sup> haal breedvoerig aan uit die werke van verskillende volkeregs kryers, onder andere ook Vattel.

Dit is onder andere die beslissing waarop Booysen<sup>51</sup> steun om te illustreer dat volkeregtelike gewoontereg nie deel vorm van ons reg nie. Hy voer aan dat die hof met 'n toepassing van die bepalings van die wet kon volstaan het en was 'n verwysing na die volkereg slegs belangrik om aan te toon dat daar geen botsing tussen die wet en volkereg was nie. Rosalie Schaffer<sup>52</sup> beskou die

<sup>45</sup>supra 159.

<sup>46</sup>supra 160

<sup>47</sup>supra 160-2.

<sup>48</sup>Supra 164, en nie Innes HR, soos aangedui deur Sanders *The Applicability of Customary International Law in Municipal Law — South Africa's Monist Tradition* 1977 THRHR 147 op 152 nie.

<sup>49</sup>supra 163.

<sup>50</sup>supra 166-7.

<sup>51</sup>Die volgende werke word deurgaans in die hoofstuk gebruik: H. Booysen *Is Gewoonteregtelike Volkereg Deel van ons Reg?* 1975 THRHR 315; — *Volkereg. 'n Inleiding* 1980 Hfst 9; — *Foreign Judicial Decisions* 1975 SAYIL 142; — 1977 sl SAYIL 184.

<sup>52</sup>Rosalie P. Schaffer *The Inter-Relationship between Public International Law and the Law of South Africa: An Overview* 1983 ICLQ 277 op 296-315 word deurgaans as verwysingswerk in dié hoofstuk gebruik.

uitspraak egter as 'n voorbeeld dat die hof volkeregtelike gewoontereg as deel van ons reg toepas.

Volgens Sanders<sup>53</sup> moes Professor Booysen allerhande toertjies uithaal om sy gevolgtrekking dat die volkeregtelike gewoontereg nie deel van ons reg is nie, te ondersteun. Volgens hom ignoreer Booysen die wyer historiese en beleidsaspekte van die saak. Tweedens haal Booysen sake uit verband aan. Hier verwys hy spesifiek na die *Alexander v Pfau*-beslissing waarop Booysen steun vir gesag dat die volkeregtelike gewoontereg nie deel vorm van ons reg nie.

Volgens Sanders het hoofregter Innes wetgewing bedoel waar hy na *local law* verwys en verder faal Booysen om melding te maak van die feit dat die beslissing in terme van volkeregtelike gewoontereg beslis is. Derdens poog Booysen om die belangrikheid van die feit dat die hofe vrylik volkeregtelike gewoontereg toepas af te water deur aan te voer dat die meeste van die sake beslis kon gewees het op die basis van regsreëls van Suid-Afrikaanse afkoms. Die belangrike feit is egter dat die beslissings nie so beslis is nie. Implisiteit aan Booysen se standpunt is dat waar die hofe volkeregtelike gewoontereg toepas, hulle dit vir geen duidelike rede doen nie en onkundig is betreffend die werklike reg van die forum.

Dit blyk duidelik uit die uitspraak van Wessels R, dat die *local law* waarna hy verwys, wetgewing is, naamlik die 1898 Krijgswet van die Suid-Afrikaanse Republiek. Voorts het al drie regters tot genoemde gevolgtrekking gekom deur volkeregtelike gewoonteregbeginsels toe te pas en behoort die beslissing beskou te word as gesag vir die stelling dat volkeregtelike gewoontereg wel deel is van die Suid-Afrikaanse gemene reg.

In *Achterberg v Glinister*<sup>54</sup> bevind Innes HR<sup>55</sup> dat die betrokke handeling nie neerkom op die opkommandeer van die betrokke artikels vir oorlogdoeleindes nie, ook nie dat dit 'n geval is van buit geneem gedurende vyandige operasies nie. Namens die respondent word dit aangevoer dat dit 'n geval van konfiskering met die nodige magtiging is. Indien dit die geval is, sal die hof nie kan inmeng nie, aangesien dit 'n staatshandeling is. Die *ratio* vir die beslissing kom uit die aanhaling:

‘The general rule of modern international law is that private property of belligerents on land is, subject to certain exceptions, respected by the other belligerent.’

By verdere ondersoek<sup>56</sup> vind die hof niks in die wetboek of enige proklamasie wat 'n afwyking van die reël regverdig nie. Die hof beslis dat dit ook nie 'n geval van konfiskering was nie, en dat Glinister die artikels aan Achterberg moet oorhandig.

<sup>53</sup>Die volgende werk is deurgaans in dié hoofstuk gebruik: A.J.G.M. Sanders a w; — *The justiciability of foreign policy matters under English and South African law* 1974 CILSA 215; — *Our state cannot speak with Two Voices* 1971 SALJ 413; — *The Applicability of Customary International Law in South Africa — The Appeal Court has spoken* 1978 CILSA 198.

<sup>54</sup>1903 TS 326.

<sup>55</sup>supra 329–30.

<sup>56</sup>supra 331–2.

Solomon R<sup>57</sup> maak geen melding van 'n spesifieke volkeregreël nie, maar kom tot dieselfde gevolgtrekking as Innes HR.

Bristowe R<sup>58</sup> bespreek die verhouding tussen Krygswet en volkere en verklaar:

'It is impossible to suppose that this was intended to establish or did establish martial law otherwise than in accordance with the most advanced and modern practice of civilised warfare. In my opinion the martial law established was not that of the middle ages, but that of the 20th century, and I therefore hold that no general power of confiscating private property was intended to be exercised by the military authorities by whom the law was administered.'

Die hof gaan van die standpunt uit dat dit die oogmerk van die wetgewer was om in pas met moderne volkerebeginsels te wees.

In *Lemkuhl v Kock*<sup>59</sup> beslis die hof<sup>60</sup> dat

'the Boer's warfare was not illegal and they enjoyed belligerent rights ... They could seize and retain, in the course of their operations, animals and other property of such subjects which they required for warlike purposes.'

En verder:

'In coming to this conclusion, the Court relies upon ... *Ncumata v Matwa and Others* ... and the authorities there quoted, and upon the law as laid down in Hall's International Law.'

In *Marce v Conradie*<sup>61</sup> beslis die hof dat 'n wa wat met die toestemming van die eienaar en die vyand binne die vyandsgebied gebring word vatbaar is vir beslaglegging deur ander rebelle. Maasdorp HR vind gesag vir sy uitspraak in die werke van verskillende volkereskrywers, asook in die Romeins-Hollandse reg, deur te steun op Bijnkershoek.<sup>62</sup>

Die eiser in *Visser v Niewoudt*<sup>63</sup> het geld op sy plaas begrawe. Die verweerder het die geld opgegrawe en aangewend vir oorlogsdoeleindes. Volgens Mnr Hill<sup>64</sup> (vir die eiser) het die verweerder geen reg om die geld op te kommandeer nie (Art 48, Wet no 10 van 1899). Mnr Hertzog,<sup>65</sup> (namens die verweerder) voer aan dat die verweerder 'n reg gehad het om die geld in geval van noodsaaklikheid te neem. Hy steun op Vattel en Halleck.

<sup>57</sup>supra 333-4.

<sup>58</sup>supra 334.

<sup>59</sup>1903 ORC 20, 1903 TS 451.

<sup>60</sup>supra 112.

<sup>61</sup>1903 ORC 23.

<sup>62</sup>supra 25-7.

<sup>63</sup>1903 ORC 40.

<sup>64</sup>supra 40.

<sup>65</sup>supra 40.

Maasdorp HR<sup>66</sup> lewer 'n kort uitspraak:

'No principles of law are involved in this case, but rather common sense, as laid down by Vattel ... Necessity is the only law of war, and here necessity was pressing.'

In *Rabie v Janse*<sup>67</sup> beslis die hof<sup>68</sup> dat waar 'n burger die eed van neutraliteit afgelê het, dit hom nie in dieselfde posisie plaas as 'n vyandsonderdaan nie en is sy eiendom nie vatbaar vir beslaglegging deur die Boeremagte nie.

In *Van Deventer v Hancke and Mossop*<sup>69</sup> kom Mason R<sup>70</sup> tot dieselfde bevinding as die hof in *Lemkuhl v Kock*<sup>71</sup> en merk op dat die spesifieke dispuut was

'not a dispute between British subjects and an alien enemy to which the ordinary rules of international law might possibly apply ...'

Met die stelling impliseer hy dat die hof wel bewus is van die reëls van die volkereg en indien dit so 'n dispuut sou gewees het, die hof daardie reëls sou toegepas het.

Innes HR bevestig die daaropvolgende jaar in *Olivier v Wessels*<sup>72</sup> dat

'the Boer forces were entitled to belligerent rights; they were persons striving for a common course, and although their country had been annexed, they had a perfect right to capture what they wanted for war purposes from the enemy.'

Die gevolgtrekking wat uit bogenoemde beslissings volg, is dat rebelleregte duidelik 'n volkeregtelike onderwerp is en het die hof nie gehuiwer om dit toe te pas, soos wat 'n munisipale regsreël toegepas sou gewees het nie.

In *Fourie v Lourens* beslis die hof<sup>73</sup> dat blote oorgawe aan die Britte en die aanvaarding van hul beskerming, nie Fourie se goedere vatbaar maak vir beslaglegging nie —

'and this Court has already decided in the case of *Rabie v Janse* 1903 ORC 71 that the mere surrender of a burgher will not make his property liable to capture by his own side.'

Die vraag wat die hof in *Smit v Bester*<sup>74</sup> moes beslis was of die skape van Smit vatbaar was vir beslaglegging deur die Britte. In navolging van *Achterberg v Glinister*<sup>75</sup> beslis die hof dat

<sup>66</sup>supra 40.

<sup>67</sup>1903 ORC 71.

<sup>68</sup>supra 72.

<sup>69</sup>1903 TS 401.

<sup>70</sup>supra 419.

<sup>71</sup>1903 ORC 20, 1903 TS 451.

<sup>72</sup>1904 TS 235 op 241.

<sup>73</sup>1904 ORC 20 op 23.

<sup>74</sup>1904 ORC 30 op 32-4.

<sup>75</sup>1903 TS 326.

'In that case it was laid down as the general rule of modern international law that private property of belligerents on land is, subject to certain exceptions, respected by the other belligerents'

en Smit se skape nie vatbaar was vir beslaglegging nie. Vir verdere gesag word daar gesteun op die opinies van volkeregtelike skrywers.<sup>76</sup>

*Du Toit v Kruger*<sup>77</sup> handel ook oor die vraag of daar beslag gelê kan word op die private eiendom van 'n vyandelike onderdaan. De Villiers HR<sup>78</sup> beslis die volgende:

'The modern authorities to which this Court has been referred ... do not afford much assistance ... I do not, however, find any authorities for holding that if modern usage is not followed by an army, this or any other Court would be entitled to disregard principles of law which had been well established before modern usage sought to mitigate some of the hardships of war. For the purpose of ascertaining these principles the Court has to fall back upon rules laid down by their ancient jurists of Rome, perpetuated in the jurisprudence of the Netherlands and accepted in times past as holding good in international law.'

Volgens Romeinse regsgeleerdes was okkupasie een van die vernaamste wyses waarop eiendom verkry is. Goedere wat aan die vyand behoort het gedurende oorlog is as *res nullius* beskou en eienaarskap kan verkry word deur daarop beslag te lê. Gedurende en na Grotius het volkeregtelike skrywers ook die vraag bespreek en tot die gevolgtrekking gekom dat die oorspronklike eienaar sy reg op eienaarskap verloor. In navolging van die gesag, bevind die hof dat Kruger, as vyandelike onderdaan, sy eienaarskap oor die artikel verloor het.

Die stelling van die hof illustreer hoe 'n regsreël via die Romeinse reg deel geword het van die Romeins-Hollandse reg en tans as 'n volkeregreël gelding in die Suid-Afrikaanse reg vind.

Volgens Rosalie Schaffer<sup>79</sup> toon die uitspraak dat die hof volkeregtelike gewoontereg as deel van ons reg beskou.

Vir gesag dat 'n persoon hom nie op die volkereg kan beroep om die toepassing van 'n Suid-Afrikaanse regsreël te ontwyk nie, steun Booysen onder andere op die beslissing. Volgens hom moes die aangeleentheid deur die staatsreg beheer gewees het aangesien die saak geen internasionale element vervat nie en was die verwysing na Halleck deur die hof onnodig.

Volgens Professor Booysen blyk dit uit die aangehaalde passasie dat hedendaagse gebruik — wat blykbaar as volkereg verstaan kan word — nie kan dien om gevestigde beginsels van ons reg soos uiteengesit in die Romeins-Hollandse

<sup>76</sup>Supra 330, t.w. Halleck en Walker.

<sup>77</sup>1905 22 SC 234.

<sup>78</sup>supra 238-9.

<sup>79</sup>a w 299.



reg, omver te werp nie. 'n Hof moet dus Romeins-Hollandse reg toepas, al verskil dit van hedendaagse en latere ontwikkelings in die volkereg. Alhoewel daar in die werke van ons Romeins-Hollandse skrywers wel volkeregtelike beginsels vervat kan wees, is dit huidiglik nie van belang nie. Ons pas eenvoudig die reg toe soos uiteengesit in ons Romeins-Hollandse bronne, ongeag latere ontwikkeling in die volkereg.

Die onaanvaarbaarheid van die argument is gesetel in die ontkenning van Professor Booysen dat die volkereg deel vorm van die Suid-Afrikaanse reg. Indien dit aanvaar word dat die volkereg deel is van die Suid-Afrikaanse reg (soos wel gedoen word), beteken dit juis dat die howe veranderde volkerereëls kan toepas sonder om hul gebonde te ag aan ou presedente. Dit blyk duidelik uit die uitspraak van regter Margo in die *Inter-Science*-beslissing.<sup>80</sup>

In *Claassens v Wilkens* beslis die hof<sup>81</sup>

'...in the present case we must take for granted if in war the commanding officer or his representative deals with enemy property in a manner in which he would not deal with it unless he meant to appropriate it, that he did so appropriate it, and we must presume that the method of appropriation is in one of the legally recognised forms ...'

Die *ratio* vir die bevinding is blykbaar dat dit onmoontlik sal wees om militêre operasie uit te voer indien die bewyslas op die militêre gesag rus om verantwoording te kan doen vir elke dier wat in hul besit kom.

Ward R<sup>82</sup> het egter 'n ander houding ingeneem. Volgens hom moet die militêre gesag aantoon dat die beslaglegging op private eiendom nie strydig is met erkende volkeregtelike reëls nie. Die verdere feit dat die betrokke proklamasie slegs gemagtigde offisiere toelaat om private rekwisies uit te voer, dui daarop dat die hof nie so 'n bedoeling behoort te veronderstel nie.

Ward R waarsku dat die hof, selfs nie in tye van oorlog, aannames ten koste van die individu mag maak nie.

*Randjeslaagte Syndicate v The Government*<sup>83</sup> handel oor anneksasie. Innes HR<sup>84</sup> laat hom as volg uit oor die hantering van die volkeregreël deur 'n munisipale hof:

'Now the only rights which the plaintiff could acquire under that agreement are personal rights ... The Court has already decided that this Government cannot be sued upon the contracts of the late Republican Government. They may be binding upon it in the forum of conscience, but in the municipal courts of the conquering State

<sup>80</sup> Sien later in hierdie hoofstuk.

<sup>81</sup> 1905 ORC 139 op 140.

<sup>82</sup> *supra* 141.

<sup>83</sup> 1908 TS 404.

<sup>84</sup> *supra* 406.

such contracts cannot be enforced. That was decided in *Taute's* case (1905 TS 582) and I take it to be universal law: it follows from the general principles which underlie the effect of the annexation of any State by a conquering power.'

In *ex parte Belli*<sup>85</sup> is 'n dringende aansoek om 'n interdik voor die hof gebring om die Unie-Regering te verhoed om 'n vreemdeling as 'n krygsgevangene gedurende die Eerste Wêreldoorlog aan te hou. Maasdorp RP verklaar:<sup>86</sup>

'I think the matter may be narrowed down largely to merely considering now what the position of the petitioner is in this particular case, and I cannot do better ... than to refer to the positive law of the country and to international law.'

Nadat hy verskillende volkereghandboeke geraadpleeg het kom hy tot die gevolgtrekking dat

'the law of nations [which] we are now asked to enforce ... leaves the whole matter in the discretion of the Government'

en is die aansoek geweier.<sup>87</sup>

In *ex parte Savage and Others*<sup>88</sup> het dit gehandel oor die vraag of die applikante by wyse van ediktale sitasie vyandige vreemdelinge wat in vyandsgebied gedomisileer is, kan dagvaar. Die hof bevind:

'It is a well established rule of law that all commercial intercourse between British subjects and alien enemies is prohibited.'<sup>89</sup>

Die hof gebruik die algemene volkeregtelike reël en kom tot die gevolgtrekking dat 'n vyandelike vreemdeling nie die munisipale forum kan gebruik om aksies in te stel nie. Hy noem egter dat openbare mening dit verlang dat 'n vyandelike vreemdeling gedagvaar kan word,<sup>90</sup> aangesien daar geen teenstrydige gesag bestaan nie.

Die vraag of 'n vyandelike vreemdeling wat geïnterneer is die reg het om te dagvaar, is in *Labuschagne v Maarbarger*<sup>91</sup> bespreek. Juta RP:<sup>92</sup>

'The strict rule of law formerly observed by all nations, that an enemy's subject cannot sue a subject of the country with which the enemy is at war in a court of such country, has been greatly modified; and in most of the civilised countries of Europe it was

<sup>85</sup>1914 CPD 742.

<sup>86</sup>supra 745.

<sup>87</sup>supra 746.

<sup>88</sup>1914 CPD 827.

<sup>89</sup>supra 830.

<sup>90</sup>supra 831.

<sup>91</sup>1915 CPD 423.

<sup>92</sup>supra 427-8.

done away with ... It however, still exists in the Courts in England with certain very important exceptions. These are based upon the leave and licence of the Crown. As constitutionally all the courts of law in the British Empire, and therefore, in the Union are Courts of His Majesty, and his leave and licence is a part of his prerogative, I think that it is a consequence that in applying the rule we should follow the English decisions.'

Kotzé R is dieselfde mening toegedaan:

'This case involves a question of public law, in which we must be guided by the King's Courts in England, and by the principles of international law, in so far as these principles have been recognised by the King's Courts and are not contrary to English law.'

Nadat die jongste Engelse beslissings bestudeer is, kom die hof tot die gevolgtrekking dat die internering van Maarburger die stilswyende toestemming om handel te dryf, laat verval het.<sup>93</sup> Weereens word die werkswyse wat die hof volg duidelik geïllustreer: waar dit oor 'n staatsregtelike vraag handel, volg die hof Engelse beslissings na. Dit is dan ook in pas met Rumpff HR se aanhaling in die *Nduli*-beslissing.<sup>94</sup>

*Hoch v Scoble*<sup>95</sup> handel grootliks oor dieselfde vraag. Die hof<sup>96</sup> het hier die probleem gehad dat na die *Labuschagne*-beslissing,<sup>97</sup> die appèlhof van Engeland<sup>98</sup> tot 'n teenoorgestelde beslissing gekom, naamlik dat 'n geïnterneerde wel die munisipale hof kan gebruik om te dagvaar. Die hof<sup>99</sup> bespreek in detail die verskillende wetgewing, Engelse hofbeslissings, volkeregtelike skrywers se opinies en kom tot die gevolgtrekking:

'The greater weight of judicial authority, the general principles applicable to actions and trading by enemy subjects, the Royal Proclamations and local legislation all strongly support the claim of the plaintiff that the contract which he made with the defendant is not invalid and he is not disabled from enforcing it in the Union courts of law.'

Bristowe R<sup>100</sup> kom tot dieselfde gevolgtrekking:

'As internment takes place under the Royal Prerogative its nature and effect is a question of Constitutional law on which I think we are

<sup>93</sup>supra 433;435.

<sup>94</sup>*Nduli and Another v Minister of Justice* 1978 1 SA 893 A 906.

<sup>95</sup>1916 TPD 642.

<sup>96</sup>supra 644.

<sup>97</sup>*Labuschagne v Maarburger* 1915 CPD 423; 427-8;433;435.

<sup>98</sup>*Schaffinius v Goldberg* 1916 1 KB 284.

<sup>99</sup>*Hoch v Scoble* 1916 TPD 649.

<sup>100</sup>supra 650.

bound to follow the English decisions. This was the view taken by the Cape Provincial Division and probably if Schaffenius' case had then been decided they would have followed it as we are doing now.'

Die Engelse beslissings wat deur die hof bespreek word, steun op erkende volkeregtelike beginsels wat sonder huiwering deur die hof aanvaar en toegepas is.

In *Setecki v Setecki*<sup>101</sup> het dit gehandel oor die vraag of 'n vyandelike vreemdeling wat in Duits-Suidwes-Afrika woonagtig is, wat toe onder volle Britse militêre okkupasie was, 'n aksie kan instel in die howe van die Unie. Die hof verwys na verskillende volkeregskrywers en hofbeslissings en kom tot die gevolgtrekking dat nie slegs op grond van die militêre okkupasie nie, maar ook die feit dat die gebied geadministreer word namens die Koning, die applikant geregtig is op die beskerming van die Koning. *Hoch v Scoble* word dus gevolg.<sup>102</sup>

In *Marburger v The Minister of Finance*<sup>103</sup> was die vraag of 'n vreemdeling wat woonagtig is in 'n verowerde staat ten tye van die verowering 'n burger van die staat word as gevolg van die verowering. Juta RP<sup>104</sup> besluit om vas te stel

'from these authorities<sup>105</sup> on international law clearly what the international law is.'

Hy gaan voort en beslis<sup>106</sup> dat,

'no provision was made in that Treaty (Die Verdrag van Vereeniging tussen Britse regering en Transvaalse magte) for foreigners, and so it may be contended that their position has to be dealt with according to the ordinary rules of International Law.'

Die volkereg is dus gebruik om gapings in die bestaande reg aan te vul.

Ondersoek word dan voorts ingestel na die opinies van die verskillende volkeregskrywers.<sup>107</sup>

In *Mahamed and Minor Son v Immigrants Appeal Board*<sup>108</sup> het die applikant wat na bewering in Natal gedomisileerd was, na 'n besoek aan Indië sy minderjarige seun saamgebring. Hulle word toegang geweier as verbode immigrante in terme van artikel 4(1)(a) en (b) van die Immigrante regulasie wet.<sup>109</sup> Die hof weier verlof tot appèl op grond van die feit dat die applikant 'n vreemdeling is. Vir gesag steun die hof op Engelse reg en volkereg.

<sup>101</sup> 1917 TPD 165.

<sup>102</sup> 1916 TPD 642 167-8.

<sup>103</sup> 1918 CPD 183.

<sup>104</sup> *supra* 189.

<sup>105</sup> Soos aangehaal deur regsverteenvoerders.

<sup>106</sup> *Marburger v Minister of Finance* 1918 CPD 183 op 189.

<sup>107</sup> *supra* 189-192.

<sup>108</sup> 1918 NPD 7.

<sup>109</sup> Wet 22 van 1913.

*The Treasury v Wolff*<sup>110</sup> handel oor nasionaliteit. Wolff, 'n burger van Bavaria, verlaat Bavaria voordat dit geïnkorporeer is in die Duitse Ryk. Intussen verkry en verloor hy sy Vrystaatse burgerskap. Om vas te stel of hy steeds 'n Duitse burger is, kyk die hof na die posisie van Bavaria soos aangedui deur verskillende volkeregs kryers.<sup>111</sup> In navolging van 'n Engelse beslissing<sup>112</sup> beslis die hof dat Wolff steeds 'n Duitse burger is.

Op appèl word dit onder andere aangevoer dat die appellant tydens annekasie van Transvaal in die Transvaal woonagtig was en gevolglik *ipso facto* in Britse onderdaan geword het.<sup>113</sup> Deur te verwys na 'n Engelse beslissing<sup>114</sup> waarin daar gesteun is op beginsels van die volkereg soos neergelê deur toonaangewende volkeregs kryers, beslis die hof dat Wolff ook nie 'n Britse onderdaan geword het as gevolg van die annekasie nie.

*De Howorth v The SS 'India'*<sup>115</sup> handel oor soewereine immuniteit. Die vraag voor die hof was of die skip SS 'India' wat aan die Portugese regering behoort, immuun was teen 'n beslagleggingsbevel deur die Suid-Afrikaanse Hooggeregshof. Die *ratio decidendi* word in die aanhaling van Gardiner R<sup>116</sup> gevind:

'...this Court...is bound...to consider whether under the comity of nations such an order can be granted. International law and the comity of nations must therefore govern both applications.'

Dit wil sê, die hof pas die volkereg as 'n selfstandige deel van die Suid-Afrikaanse reg toe.

Om vas te stel wat die volkeregreël is, bestudeer hy Romeins-Hollandse gesag, ander volkeregs kryers, sowel as Engelse, Amerikaanse en Kontinentale beslissings.<sup>117</sup> Hy voer ook aan dat hy Engelse beslissings as riglyne gebruik word en nie as bindende gesag nie,<sup>118</sup> aangesien die hof steeds geregtig is om sy eie mening te vorm na oorweging van alle relevante faktore.

Professor Booysen negeer ook hier die belangrikheid van die beslissing omtrent die vraag of die volkereg deel van ons reg vorm of nie. Volgens hom is die *De Howorth*-saak irrelevant, aangesien dit handel oor aangeleenthede wat onder admiraliteitshoue val of wat deur spesiale wetgewing gereuleer word. Rosalie Schaffer<sup>119</sup> behandel ook hierdie beslissing as gesag dat die hof ten minste volkeregtelike gewoontereg as deel van ons reg aanvaar.

*Loewenstein v Custodian of Enemy Property*<sup>120</sup> handel basies oor dieselfde

<sup>110</sup> 1919 TPD 25.

<sup>111</sup> *supra* 28.

<sup>112</sup> *Supra* 29; *Liebman*-beslissing 1916 1 KB 280.

<sup>113</sup> *Wolff v The Treasury* 1919 AD 336 op 340.

<sup>114</sup> *Supra*; *Campbell v Hall* 98 ER 1045.

<sup>115</sup> 1921 CPD 451.

<sup>116</sup> *supra* 456.

<sup>117</sup> *supra* 458-464.

<sup>118</sup> *supra* 458.

<sup>119</sup> *a w* 302.

<sup>120</sup> 1921 TPD 606.



probleem soos aangedui in die *Wolff*-beslissings.<sup>121</sup> Die hof verwys na Engelse beslissings en die opinies van volkeregskrywers<sup>122</sup> en kom tot die beslissing dat Loewenstein steeds 'n Duitse onderdaan is.

Bogenoemde nasionaliteitskwessie kom ook ter sprake in *Pauly v Custodian of Enemy Property*.<sup>123</sup> Innes HR<sup>124</sup> bevind dat dit 'n algemene reël is dat nasionaliteitsvrae beantwoord moet word volgens die munisipale reg van die betrokke staat.

'That principle has been recognised by this Court on more than one occasion ... and rests upon ample authority.'

In *Rex v Christian*<sup>125</sup> handel dit oor soewereiniteit. Appellant was 'n inwoner van Suidwes-Afrika en is daaraan skuldig bevind dat hy hoogverraad gepleeg het teenoor die mandaathouer, te wete die Unie van Suid-Afrika. Volgens Innes HR<sup>126</sup> is die probleem geleë in die internasionale status van die mandaathouer, aangesien hoogverraad volgens die Romeins-Hollandse reg slegs teen 'n soewereine mag gepleeg kan word.

'But the real difficulty lies in the application of the principle in deciding whether a particular State or a particular Government does or does not possess *majestas*.'<sup>127</sup>

Die hof gaan dan voort en wys op die tweesydige aspek van die term *majestas*, naamlik die interne en eksterne aspekte van die term en bevind dat die interne aspek die belangrikste. Vir gesag steun hy op Voet. Voorts word ondersoek ingestel na die beperkinge wat op die eksterne soewereiniteit van 'n staat kan rus. Eerstens word daar na die Romeinse reg verwys:

'The Civil law regarded as free peoples nations who had undertaken by treaty to recognise the *majestas* of Rome; for a recognition of superiority was not regarded as incompatible with freedom (D 49 15 7 1). That principle was recognised by Roman-Dutch writers; it is approved by Grotius (*de Jure Belli* 1 3 21 2) and by Moorman (*Misdaden* 1 2 4), who instances as an example of its application the Swiss Cantons of Zürich and Berne.'<sup>128</sup>

Tweedens word na moderne voorbeelde verwys, onder andere Suid-Afrika<sup>129</sup> wat onder die beheer van Brittanje geplaas was. Tog is daar nooit getwyfel

<sup>121</sup> *The Treasury v Wolff* 1919 TPD 25; *Wolff v The Treasury* 1919 AD 336 op 340.

<sup>122</sup> *Loewenstein v Custodian of Enemy Property* 1921 TPD 606 op 615-6.

<sup>123</sup> 1922 AD 161.

<sup>124</sup> *supra* 168.

<sup>125</sup> 1924 AD 101.

<sup>126</sup> *supra* 104.

<sup>127</sup> *supra* 105.

<sup>128</sup> *supra* 107.

<sup>129</sup> *supra* 108.

oor die *majestas* van Suid-Afrika nie. Die regsposisie van Suidwes-Afrika en sy regering ingevolge die Verdrag van Versailles word kortliks bespreek.<sup>130</sup>

‘The intention of the signatories seems to have been to place certain overseas possessions relinquished by Germany upon a basis new to international law.’

En dan:

‘It remains to decide whether the mandatory of South-West Africa, clothed with the powers and subject to the restrictions above indicated is, in accordance with the principles of our law, possessed of *majestas* so that an attack upon it, with hostile intent, involves the crime of high treason.<sup>131</sup> The international status of the Union is clearly consistent with the possession of *majestas* by its Government in the capacity of mandatory.’<sup>132</sup>

Solomon AR het saamgestem. Die ander drie appèlregters het almal na bestudering van die Romeinse reg, Romeins-Hollandse reg, moderne Amerikaanse, Engelse en Kontinentale skrywers tot die gevolgtrekking gekom dat die Unie volle administratiewe en wetgewende magte in Suidwes-Afrika het en dat die beperkings opgelê deur die mandaat, nie afbreuk doen aan die Unie se interne soewereiniteit nie.

In *Lieben's Estate v Custodian of Enemy Property*<sup>133</sup> was die applikante erfgename van Oostenrykse burgers wat sekere eiendom in Suid-Afrika gehad het waarop die Beskermer tydens die oorlog beslag gelê het. Die applikante doen nou aansoek vir die vrystelling van die bates. Die hof ondersoek eers die gemeenregtelike posisie rakende die eiendomsregte van vreemdelinge tydens oorlogtoestande deur te verwys na volkeregtelike skrywers en Engelse hofbeslissing.<sup>134</sup> Daarna ondersoek die hof die vraag oor hoe Uniewetgewing tesame met die Verdrag van St. Germain die gemeenregtelike posisie beïnvloed. Volgens die wetgewing was die Goewerneur-Generaal met die nodige gesag bekleed om uiting te gee aan die bepalings van die vredesverdrag en kan die hof nie inmeng met die uitoefening van sy diskresie en gesag nie.<sup>135</sup> Die hof verwys na die Engelse beslissing, *London Country Council v Bermondsey Bioscope Co.*<sup>136</sup> waar Lord Alverstone CJ verwys na

‘the well recognised principle that where there is a competent authority to which an Act of Parliament entrusts the powers of making

<sup>130</sup> *supra* 108–9.

<sup>131</sup> *supra* 111.

<sup>132</sup> *supra* 114.

<sup>133</sup> 1925 TPD 232.

<sup>134</sup> *supra* 243–7.

<sup>135</sup> *supra* 253.

<sup>136</sup> 80 LJB 144; 27 TLR 141.

regulations, it is for that authority to decide what regulations are necessary, and any regulations which they may decide to make should be supported, unless they are manifestly unreasonable or unfair.'

Die regsverhouding tussen die Unieregering en die Suidwes Protektoraat ingevolge die mandaat, soos bepaal deur die Verdrag van Versailles, kom weer eens na vore in *Cape Law Society v Van Aardt*.<sup>137</sup>

'It is clear law that the Courts of this Country have no jurisdiction to entertain an action for the enforcement either directly or indirectly of a penal law of a foreign country ...' <sup>138</sup>

Die hof verwys na 'n Engelse beslissing<sup>139</sup> waar bogenoemde volkeregtelike reël toegepas is.

Die regsposisie tussen die Unie en Suidwes-Afrika, gesien vanuit 'n internasionale oogpunt is bespreek in *Rex v Christian*<sup>140</sup> en word so deur die hof aanvaar en toegepas veral ten opsigte van die soewereiniteit-vraagstuk.

Die status van die mandaatgebied kom ter sprake in *Verein für Schutzgebietsanleihen EV v Conradie* NO.<sup>141</sup> Feetham, wrn AR, aanvaar dat volgens die volkereg Duits-Suidwes-Afrika 'n kolonie van die Duitse Ryk was en nie slegs 'n protektoraat nie. Gevolglik handel dit hier nie oor state-opvolging nie.<sup>142</sup> Ten opsigte van die beginsels rakende verowering en militêre okkupasie, verwys die hof na volkeregtelike skrywers en bevind dat

'in spite of the very comprehensive nature of the legislation which was in their case enacted during the latter portion of the period of military occupation, I think that the general rules to the above effect, as stated by Hall, must be regarded as applicable.' <sup>143</sup>

In *ex parte Lowen*<sup>144</sup> is die hof versoek om die vraag of 'n persoon staatloos kan wees, te ondersoek. Schreiner R beantwoord dit instemmend:

'The condition of statelessness is generally recognised by writers on International Law and indeed it is difficult to deny that persons may be stateless.' <sup>145</sup>

Hy gaan dan voort om volkeregtelike bronne aangaande die vraag te ondersoek, tesame met wetgewing, Romeins-Hollandse reg, Engelse reg en presedente.

<sup>137</sup> 1926 CPD 312.

<sup>138</sup> supra 314.

<sup>139</sup> *Huntington v Attrill* 1893 AC 150.

<sup>140</sup> 1924 AD 101.

<sup>141</sup> 1937 AD 113.

<sup>142</sup> supra 142.

<sup>143</sup> supra 146-7.

<sup>144</sup> 1938 TPD 504.

<sup>145</sup> supra 506.

In *ex parte Schumann*<sup>146</sup> het dit gehandel oor die vraag of 'n persoon afstand kan doen van sy trou teenoor die staat gedurende die bestaan van oorlog. Selke R lewer die volgende *dictum*:<sup>147</sup>

'I see no reason to suppose that these principles of international law are other than principles of general application throughout the civilised world; ... and, in my opinion, they are principles which are recognised by the law of this country.'

Buiten die feit dat die hof in die geval erken dat die volkereg ten opsigte van die spesifieke aangeleentheid deel is van die Suid-Afrikaanse reg, lê die belangrikheid van die beslissing veral daarin geleë dat dit die verhouding tussen die volkereg en Suid-Afrikaanse reg uitlig, naamlik dat die volkereg deel is van die Suid-Afrikaanse reg.

Professor Booyesen verklaar die uitspraak as volg: dit is duidelik volgens die bronne wat die hof aanhaal dat die reël nie soseer 'n volkeregtelike reël is nie, maar een van die Engelse reg. Die feit dat die reël ook in 'n volkeregtelike bron uiteengesit is, kan hieraan geen afbreuk doen nie. Indien die hof se algemene stelling in die lig van de aangehaalde Engelse bronne gelees word, kan dit weinig betekenis hê as 'n algemene stelling oor wanneer 'n Suid-Afrikaanse hof volkereg kan of moet toepas.

*Ex parte Sulman*<sup>148</sup> het gehandel oor die vraag of die applikant op immunititeit geregtig is. Met verwysing na die opinies van volkeregtelike skrywers, Engelse beslissings asook presedent<sup>149</sup> beslis die hof dat die skip wat applikant sal verwyder, geregtig is op immunititeit.

*Kavouklis v Bulgarij*<sup>150</sup> handel ook oor soewereine immunititeit. Die hof<sup>151</sup> steun hier op die *De Howarth v The SS 'India'*-beslissing sonder om self na volkeregtelike skrywers of ander bronne rakende die vraag te verwys.

Staatskoerantkennisgewing Nr. 111 gedateer 22 Januarie 1943 verbied enige persoon *from carrying on any business transaction* met enige persoon of firma soos genoem in die Kennisgewing. In *Rex v Lionda*<sup>152</sup> is die beskuldigde daaraan skuldig bevind dat hy gepoog het om die Kennisgewing te oortree. Volgens Davis wrn AR, berus die beslissing op die betekenis van die woorde 'carrying on any business transaction'<sup>153</sup> en kom hy tot die gevolgtrekking:<sup>154</sup>

'In my opinion, reading the words "carry on any business transaction" only in the light of their dictionary definitions and the context

---

<sup>146</sup> 1940 NPD 251.

<sup>147</sup> *supra* 254.

<sup>148</sup> 1942 CPD 407.

<sup>149</sup> *supra* 409-10.

<sup>150</sup> 1943 NPD 190.

<sup>151</sup> *supra* 192.

<sup>152</sup> 1944 AD 348.

<sup>153</sup> *supra* 351.

<sup>154</sup> *supra* 352.

and without the background of International Law, even then, for the reasons which I have given, that limited meaning is not their correct one.

But the regulation must not be read standing alone. It must be read against the background of International Law, more especially that law as expanded by Roman Dutch writers.'

Die hof verwys veral na Bynkershoek in wie se tyd handeldryf met die vyand reeds verbode was. Voorts verwys hy na 'n Engelse beslissing<sup>155</sup> waar die reël toepassing gevind het en wat ook op Bynkershoek steun. Die beslissing word bevestig deur die Geheime Raad.<sup>156</sup>

'It seems to me that the modern extension of the principle . . . is fully justified by the Roman Dutch writers' exposition of International Law . . .'<sup>157</sup>

en verwys dan ook na Grotius.<sup>158</sup>

Die uitspraak toon duidelik dat daar nie so 'n groot verskil tussen die Engelse reg en die van die Vasteland bestaan nie. Die Engelse regters huiwer nie om op die Romeins-Hollandse skrywers te steun in hul soeke na gesag ten opsigte van 'n volkeregreël nie.

In *Rez v Werner and Another*<sup>159</sup> het die appellante 'n medekrygsgevangene vermoor. Beide is skuldig bevind aan moord. Appellante voer aan dat dit nie moord was nie, aangesien hulle op gesag van 'n hoër offisier gehandel het en verplig was om sy bevel na te kom. Volgens die Geneefse Konvensie van 1929 is krygsgevangenes onderhewig aan die wette van die land waar hul aangehou word en moet die vraag dus volgens die reg van die Unie beslis word. Wat betref die posisie van 'n soldaat, handelende op bevel van 'n hoër offisier verwys die hof<sup>160</sup> na die Engelse beslissing, *Reg v Smith*<sup>161</sup> waar die algemene regsbeginsel rakende die vraag neergelê is. Die hof gaan dan voort deur aan te toon dat die regsbeginsel ook deur moderne skrywers ondersteun word en verwys ook na die opinies van Grotius, Grueber en Leyser.<sup>162</sup>

In *Rez v Holm*, *Rez v Pienaar*<sup>163</sup> het die twee beskuldigdes, beide Suid-Afrikaanse burgers, gedurende die Tweede Wêreldoorlog propaganda vanaf Duitsland uitgesaai wat in die Unie gehoor is. Volgens Mnr Lutge<sup>164</sup> (namens die

<sup>155</sup>Supra 353. *The Panariellos* 112 LT op 778 waar Evans J met goedkeuring die uitspraak van Sir W Scott in *The Hoop* 17 99 1 Ch.Rob 196 aanhaal nadat laasgenoemde in passasie van Bynkershoek aangehaal het.

<sup>156</sup>*Rez v Lionda* 1944 AD 348 op 354; *The Panariellos* 114 LT op 672.

<sup>157</sup>supra.

<sup>158</sup>*Rez v Lionda* 1944 AD 348 op 354.

<sup>159</sup>1947 2 SA 828 A.

<sup>160</sup>supra 833.

<sup>161</sup>17 SC 561.

<sup>162</sup>*Rez v Werner and Another* 1947 2 SA 828 A op 833-4.

<sup>163</sup>1948 1 SA 925 A.

<sup>164</sup>supra 927.



Staat) het reeds die Romeinse reg die ekstra-territoriale jurisdiksie van hul howe in sekere hoogverraadgevalle erken. Volgens die ou gesag is daar geen aanduiding dat ingevolge die Romeins-Hollandse reg hoogverraad wat ekstra-territoriaal gepleeg is, nie kennis van geneem is deur die Howe van Holland nie. Verder steun hy op *Rex v Lionda* wat bepaal dat ons gemene reg 'must be read against the background of International Law'.

Die appèlhof verwys na 'n verskeidenheid volkeregtelike beginsels<sup>165</sup> en beslis dat

'there is no international custom or rule of law which prevents the Union of South Africa from punishing one of its nationals for the crime of high treason committed outside the Union.' <sup>166</sup>

Die appèlhof lewer nie kommentaar op die verhouding tussen die volkereg en Suid-Afrikaanse reg nie; maar gebruik slegs volkeregtelike beginsels om tot 'n beslissing te kom.

*Rex v Neumann*<sup>167</sup> handel oor dieselfde vraagstuk, naamlik of die persoon wat die misdryf van hoogverraad pleeg (ongeach waar hy dit pleeg) trou verskuldig is aan die betrokke staat. Die hof ondersoek die definisie van hoogverraad deur te verwys na skrywers, Suid-Afrikaanse beslissing en Romeins-Hollandse reg<sup>168</sup> en kom tot die gevolgtrekking:<sup>169</sup>

'It is, we think, proper in ascertaining the extent of our common law conception of high treason to have some regard to the principles of the law of nations ...'

Dit toon aan dat waar die volkereg ter sprake kom, dit 'n belangrike rol speel in die formulering van die Suid-Afrikaanse gemene reg.

In *Commissioner of Taxes, Federation of Rhodesia v McFarland*<sup>170</sup> verwys die hof na verskillende moderne skrywers, Engelse, Skotse, Ierse, Amerikaanse en Kanadese beslissings en beslis dat

'...there appears to be a wide-spread view that the Courts of one State have no jurisdiction to entertain legal proceedings involving the enforcement of the revenue laws of another State.' <sup>171</sup>

In *S v Penrose*<sup>172</sup> moes die hof beslis of die term 'diplomatiese agent' soos omskryf in artikel twee van die Diplomatieke Voorregte Wet<sup>173</sup> 'n erekonsul insluit. Die hof beslis dat

---

<sup>165</sup>supra 929 et seq.

<sup>166</sup>supra 931.

<sup>167</sup>1949 3 SA 1238 (Spesiale Kriminele Hof, Tvl.)

<sup>168</sup>supra 1246-8.

<sup>169</sup>supra 1248.

<sup>170</sup>1965 1 SA 470 W.

<sup>171</sup>supra 471.

<sup>172</sup>1966 1 SA 5 N.

<sup>173</sup>Wet 71 van 1951.

'...at common law and by international usage, consuls, as such, are not entitled to diplomatic immunity.'<sup>174</sup>

en deur grootliks te steun op die feit dat volgens die volkereg 'n konsul nie 'n diplomatieke verteenwoordiger is nie, beantwoord die hof die vraag ontkennend.

In *S v Bull*<sup>175</sup> moes die hof die vraag beslis of daar steeds 'n geldige uitleweringsooreenkoms tussen Malawi en die Republiek van Suid-Afrika bestaan na die dissolusie van die Federasie van Rhodesië. Die appellant<sup>176</sup> steun veral op die volgende passasie gelewer deur Hiemstra R in *S v Eliasa*,<sup>177</sup> waar dit gehandel het oor die bestaan al dan nie van 'n uitleweringsooreenkoms tussen Suid-Afrika en Rhodesië:

'An extradition agreement was concluded with the Government of the Federation of Rhodesia and Nyasaland. The Federation as a whole was a State with treaty making capacity. That State was dissolved into three territories and so ceased to exist. With it ceased its treaties. That is the natural and normal sequel. It is legally possible, after such a dissolution, that by conduct a constituent part of the dissolved State and the other party to a treaty can continue a treaty by unequivocally continuing to act according to its terms.'

Boshoff R<sup>178</sup> lewer as volg kommentaar op die aanhaling:

'The learned Judge in the passage quoted above stated a very wide proposition, but I do not think that it can in its context be said that he intended to lay down a principle which applied in international law irrespective of the nature and objects of the treaty, the nature of the Federation, the nature of the personalities of the constituent States in international law, the steps taken by such constituent States to adopt the treaty and the manner in which the Federation was dissolved. The proposition concerns matters of great complexity in international law in so far as it relates to the continuity of and the succession to treaties ...'

Die hof gaan voort en kom tot die gevolgtrekking dat die posisie van 'n nuwe staat soos Malawi uniek is en dat daar nie veel hulp te kry is van bestaande statepraktyk nie. Nadat die werke van verskillende volkeregskrywers geraadpleeg is, kom die hof tot die gevolgtrekking dat voldoende stappe deur beide verdragspartye geneem is om die voortbestaan van die uitleweringsooreenkoms te verseker.<sup>179</sup>

In *S v Tuhadeleni and Others*<sup>180</sup> het appellante aangevoer dat die hof nie

<sup>174</sup> *S v Penrose* 1966 1 SA 5 N op 8 H.

<sup>175</sup> 1967 2 SA 636 T.

<sup>176</sup> *supra* 637-8.

<sup>177</sup> 165 2 SA 770 T.

<sup>178</sup> *S v Bull* 1967 2 SA 636 T op 638 F-H.

<sup>179</sup> *supra* 640 B.

<sup>180</sup> 1969 1 SA 165 A.

jurisdiksie het om hulle te verhoor ingevolge die Terrorismewet nie, aangesien die Wet geen effek het in Suidwes-Afrika nie op grond van die volgende redes:<sup>181</sup>

- Die Mandaat, soos uitgereik deur die Volkerebond, bepaal die Republiek se bevoegdheid om wetgewing vir Suidwes-Afrika te maak. Uitvoering word daaraan gegee deur middel van die Vredesverdrag en verskillende wetgewing.
- Dat die genoemde Mandaat opgeskort is deur die Algemene Vergadering van die Verenigde Volke.

Die hof ondersoek voorts die verskeie bepalings van die Mandaat en toepaslike wetgewing en kom tot die gevolgtrekking dat daar geen beperking op die parlement rus aangaande die maak van wetgewing in Suidwes-Afrika nie.

Met verwysing na beslissings van ander howe en die opinies van verskillende skrywers, beslis die hof soos volg:<sup>182</sup>

'I do not proceed to deal with any of these in detail. In none of the decisions quoted to this Court has it been held that a Mandate in the same category as this Mandate is, as such and without reference to any statutory constitutional instrument, part of the fundamental or constitutional law of the Mandated territory in the sense of a law effecting an entrenchment which would enable the Courts to declare invalid any legislation repugnant to or inconsistent with the Mandate ... I would further add that I cannot conceive of any British Court declaring any Act of the British Parliament invalid on the ground that it violates an obligation under a Mandate ... Under our Constitution our Courts have no greater authority.'

Die internasionale posisie aangaande die opskorting van die Mandaat word nie deur die hof bespreek nie.

*South Atlantic Islands Development Corporation Ltd v Buchan*<sup>183</sup> word beskou as die *locus classicus* op die gebied. Applikante het die alleenreg verkry om binne twaalf myl van die kuslyn van Tristan da Cunha vis te vang. 'n Aansoek word deur hulle gebring vir 'n bevel om respondente te verbied om binne die water vis te vang. Die respondent bevraagteken die wetgewende bevoegdheid van die gesag in Tristan da Cunha om die eiland se visserysone uit te brei verder as drie myl. Om die geldigheid van 'n twaalf myl visserysone in die volkereg te bewys, liasseer die applikant 'n bewysstuk opgestel deur D.J. Devine, senior lektor in volkereg te Universiteit Kaapstad, wat aanvoer dat Suid-Afrika gebonde is aan die volkereg om die twaalf myl visserysone te erken, aangesien Suid-Afrika self so 'n sone aanvaar het ingevolge artikel 3 van die Territoriale

---

<sup>181</sup> *supra* 167 A-C.

<sup>182</sup> *supra* 176G-177A.

<sup>183</sup> 1971 1 SA 234 CPD.

Water Wet.<sup>184</sup> Namens die respondent word aangevoer dat die bewysstuk nie nodig of toelaatbaar is nie aangesien die volkereg nie vreemde reg is nie, maar deel is van die Suid-Afrikaanse reg.

Diemont R.<sup>185</sup> beslis:

'Although I am surprised that there is no decision in which a South African court had expressly asserted that ... international law forms part of our law, I would be even more surprised if there were a decision asserting the contrary. It appears to have been accepted in both the English and the American Courts that international law forms part of their own law ... And there are also one or two indications in decisions in our Courts that judicial notice will be taken of international law. ... In my view it is the duty of this Court to ascertain and administer the appropriate rule of international law in this case.'

Professor Booyesen bevraagteken die *obiter dictum* in die *Buchan*-beslissing dat die volkereg deel is van ons reg, in die lig van die omstandighede waarin die verklaring gemaak is. Die omstandighede waarna verwys word, is die feit dat die stelling gemaak is na aanleiding van die vraag of die volkereg vreemde reg is wat bewys moet word. Volkereg was volgens hom glad nie ter sprake nie en het die hof die saak op 'n ander punt beslis — suiwer in ooreenstemming met die Suid-Afrikaanse reg.

Rosalie Schaffer verklaar dat die stelling deur regter Diemont in die *Buchan*-beslissing dat die volkereg deel is van ons reg, nie slegs as 'n blote *obiter dictum* en twyfelagtige gesag, soos Booyesen aanvoer, afgemaak kan word nie. Dit is wel waar dat die hof na die verklaring voortgegaan het om die meriete van die aansoek te ondersoek. Die hof bevind dat dit nie oor die nodige jurisdiksie beskik nie aangesien hy magteloos sal wees om 'n uitspraak af te dwing

'to stop a fisherman from fishing in the Atlantic Ocean in the waters of a remote British colony situated half way between South Africa and South America.'

Die verklaring was niesteenstaande deel van die *ratio* betreffende een van die belangrike voorlopige vrae wat beslis moes geword het. Sy verkies dan ook die standpunt van Professor Dugard.<sup>186</sup>

'The Cape Court's *dictum* on the relationship of international law to South African law is to be welcomed as a long-overdue judicial ruling ... and for its jurisprudential clarity. It gives support neither to the

---

<sup>184</sup> Wet 87 van 1963.

<sup>185</sup> *South African Islands Development Corporation Ltd v Buchan* 1971 1 SA 234 CPD op 238.

<sup>186</sup> John Dugard *International Law is Part of Our Law* 1971 88 SALJ 13 op 15.

extreme dualist doctrine "that to become part of municipal law, each individual rule of international law must be consciously incorporated into it by legislative act" ... nor to the moderate dualist doctrine of adoption according to which "international law has no validity save in so far as its principles are accepted and adopted by our domestic law," ... a view which is perhaps implicit in Myburgh J's dictum in *Parkin's case* (supra). Instead, the statement that a court should "ascertain and administer the appropriate rule of international law" shows a firm recognition of the intrinsic unity of international law and municipal law.'

In *Parkin v Government of the Republique Démocratique de Congo and Another*<sup>187</sup> was die applikant, 'n voormalige huursoldaat van die Kongolese weermag, gedomiseleer in Johannesburg ten tye van die aksie. Hy beweer dat die respondent hom geld skuld vir beserings wat hy opgedoen het. Die applikant doen nou aansoek by die hof om *ad fundandam jurisdictionem* beslag te lê op sekere geld van die Kongolese Regering in 'n plaaslike bank. Die vraag of die hof volgens die reg jurisdiksie het om beslag te lê op die geld van 'n vreemde soewereine staat, word as volg deur Myburgh R beantwoord:<sup>188</sup>

'The answer to this problem is to be found in international law to the extent that our common law recognises such international law. This Court is only concerned with the jurisdiction granted it by South African law.'

Die hof steun dan op verskillende Engelse en Suid-Afrikaanse beslissings en kom tot die gevolgtrekking dat die eiendom van 'n erkende vreemde staat immuun is teen 'n beslagleggingsbevel van 'n hof.

Die hof was dus bereid om as 'n algemene beginsel te erken dat volkeregtelike gewoontereg deel is van die Suid-Afrikaanse reg.<sup>189</sup>

Volgens Professor Booyesen verklaar die *Parkin*-saak slegs dat die howe volkereg sal toepas indien dit deur die gemene reg erken word en handel dit nie oor die vraag of die volkereg wel deel van ons reg is nie.

Volgens Schaffer gaan Regter Myburgh gaan egter verder in die *Parkin*-beslissing as die hof in *ex parte Schumann*, en bevind as 'n algemene reël dat, tot 'n onbeperkte mate, volkeregtelike gewoontereg deel is van die Suid-Afrikaanse reg. In die lig van regter Myburgh se verklaring, moet die kritiek van Booyesen dat die saak irrelevant is aangesien dit nie handel oor die vraag of die volkereg deel is van die Suid-Afrikaanse reg nie, verwerp word.

<sup>187</sup> 1971 1 SA 259 WLD.

<sup>188</sup> supra 261.

<sup>189</sup> J.W. Bridge *The Relationship Between International Law and the Law of South Africa* 1971 ICLQ 746 op 748.



*S v Devoy*<sup>190</sup> handel oor dieselfde probleem as *S v Bull*,<sup>191</sup> naamlik die voortbestaan van verdrae. James R P, verleen volle goedkeuring aan die volkeregtelike gesag waarop Boshoff R gesteun het:

'After giving consideration to the views expressed therein I find myself in agreement with Boshoff J, on the subject of the survival of treaties upon the grant of independence.'<sup>192</sup>

Volgens die appèlhof<sup>193</sup> is die voortbestaan van verdrae al dan nie ten tye van state-opvolging 'n kontroversiële volkeregtelike vraag. Na die bestudering van verskillende volkeregtelike handboeke en Suid-Afrikaanse beslissings, kom die hof tot die gevolgtrekking dat daar geen universele volkeregte bestaan nie en dat elke saak beslis moet word in die lig van die spesifieke feite, maar

'... at the same time also bearing in mind the existence of a general tendency in favour of the continuance.'<sup>194</sup>

Daar sal later weer teruggekom word na die twee beslissings.

In *Leibowitz and Others v Schwartz and Others*<sup>195</sup> het die applikante aansoek gedoen om sekere bevoordeeldes ingevolge 'n testament by wyse van ediktale sitasie te dagvaar. Een van die bevoordeeldes was die staat van Israel. Dit het aanleiding gegee tot 'n botsing tussen twee beginsels:

'The one is the principle of public international law that the courts of a country will not by their process make a foreign state a party to legal proceedings against its will. This immunity has been admitted in all civilised countries ... The other principle is that all beneficiaries under a will must be joined as defendants in an action wherein is claimed an order declaring that will invalid ... There can be no doubt in my view that it is the second principle which must give way. The first is founded on grave and weighty considerations of public policy, international law and comity. Although I do not minimize its importance in its general application, the second principle concerns a matter only of legal procedure.'<sup>196</sup>

Die toepassing van 'n volkeregtelike regsreël in stryd met 'n Suid-Afrikaanse regsreël verklaar Professor Booysen soos volg: die hof het die reël dat 'n soewereine staat immuun is teen die jurisdiksie van 'n Suid-Afrikaanse hof as 'n Suid-Afrikaanse regsreël gesien. Alhoewel die oorsprong daarvan na die volkereg

<sup>190</sup>1971 1 SA 359 N.

<sup>191</sup>1967 2 SA 636 T.

<sup>192</sup>*S v Devoy* 1971 1 SA 359 op 362A-C.

<sup>193</sup>*Devoy v S* 1971 3 SA 899 AD op 894.

<sup>194</sup>*supra* 895H.

<sup>195</sup>1974 2 SA 661 T.

<sup>196</sup>*supra* 661-2.

teruggevoer kan word, waarvandaan dit via die admiraliteitshowe deur die Suid-Afrikaanse howe in ons reg geïnkorporeer is, moet die geaardheid daarvan as suiwer Suid-Afrikaans en nie as volkeregtelik gesien word nie. Die probleem in die saak was dus 'n keuse tussen twee Suid-Afrikaanse regsreëls en om sy keuse uit te oefen, het die hof hom laat lei deur oorwegings van openbare belang, volkereg en 'comity'.

Booyesen se teorie dat die hof in *Leibowitz v Schwartz* 'n keuse tussen twee Suid-Afrikaanse regsreëls uitgeoefen het, word deur Schaffer verwerp op grond van die taal wat die hof gebruik het. Regter Nicholas het duidelik die leerstuk van soewereine immuniteit as 'n 'principle of public international law' beskryf. Indien hy die beginsel as 'n Suid-Afrikaanse regsreël beskou het, sou hy nie die betrokke terminologie gebruik het nie. Regter Nicholas se benadering is in ooreenstemming met die van ander Suid-Afrikaanse regters in vorige beslissings waar volkeregtelike beginsels toegepas is. Die hof se benadering is in ooreenstemming met die leerstuk dat die volkereg deel van ons gemene reg vorm, eerder as met die teorie dat die volkereg slegs 'n bron van ons reg is.

In *Lendlease Finance Co (Pty) Ltd v Corporacion de Mercadeo Agricola and Others*<sup>197</sup> is die hof weer gekonfronteer met die vraag aangaande soewereine immuniteit en is die hof versoek om te oorweeg of die volkereg aangaande soewereine immuniteit nie gedurende die laaste vyftig jaar verander het nie; en, indien wel, dat die hof die 'gekwalfiseerde' houding ten gunste van soewereine immuniteit moet toepas. Die hof was nie bereid om kommentaar op so 'n mening te lewer nie en pas die tradisionele volkeregtelike houding toe, met verwysing na Engelse en Suid-Afrikaanse hofbeslissings.<sup>198</sup>

Die 1975 *Lendlease*-saak word ook deur Booyesen gekritiseer, aangesien die hof 'n admiraliteitsbeslissing (naamlik die *De Howarth*-beslissing) en Engelse reg as gesag gebruik sonder inagneming van die Romeins-Hollandse reg. Hy aanvaar egter dat die reg aangaande die immuniteit van state en regerings aanvaar word deur ons howe via die admiraliteitshowe en dat dit tans as deel van ons reg beskou moet word.

Op appèl<sup>199</sup> beslis die hof dat dit onnodig is om die leerstuk van soewereine immuniteit te bespreek, as gevolg van die feitebevinding waartoe die hof gekom het.

In *Ndlovu and Another v Minister of Justice and Others*<sup>200</sup> beweer die aplikante dat hulle onregmatig in Swaziland gearresteer is, dat 'n verbreking van die soewereiniteit van Swaziland plaasgevind het en dat die hof nie jurisdiksie het om hulle te verhoor nie. Mnr Muller (vir die aplikante) steun op 'n passasie van Voet wat aandui dat die uitoefening van polisiemagte in 'n ander Staat se gebied, sonder laasgenoemde se toestemming, 'n duidelike verbreking is van

---

<sup>197</sup>1975 4 SA 397 C.

<sup>198</sup>supra 403-4.

<sup>199</sup>*Lendlease Finance Co (Pty) Ltd v Corporacion de Mercadeo Agricola* 1976 4 SA 464 AD.

<sup>200</sup>1976 4 SA 250 N.

die Romeins-Hollandse en volkeregtelike gewoontereg wat deel is van die Suid-Afrikaanse gemene reg en so deur die Suid-Afrikaanse howe toegepas word.<sup>201</sup> Die hof verwys na verskeie Suid-Afrikaanse, Engelse, Amerikaanse en Israeliese beslissings en beslis<sup>202</sup> dat

'The authorities cited from the Bar tend towards international accord that the State has jurisdiction to punish a person who has been arrested in violation of public international law for an offence committed against the laws of that State. There certainly does not seem to be international accord to the contrary.'

In *Ebrahim v Minister of the Interior*<sup>203</sup> kom die appellant in hoër beroep teen 'n bevinding van Regter Van Heerden in Durban dat hy nie geregtig is op 'n bevel dat hy steeds 'n Suid-Afrikaanse burger kragtens die bepalings van Wet 44 van 1949 is. Die probleem is dat die appellant, 'n seeman, op een stadium aansoek gedoen het om Britse burgerskap. Die meerderheidsuitspraak van Joubert wnm AR verwys nêrens na enige volkeregtelike beginsels nie. Hy bepaal hom slegs tot die uitleg van artikel 15 van die betrokke Wet. Rumpff HR,<sup>204</sup> in die minderheidsuitspraak steun op François om aan te dui dat naturalisasie volgens algemene gebruik verleen word na verblyf van 'n paar jaar op die grondgebied van die nuwe staat.

*S v Oosthuizen*<sup>205</sup> handel weer oor die bestaan al dan nie van 'n uitleweringsooreenkoms tussen Suid-Afrika en Rhodesië. Volgens die hof is daar geen getuienis, direk of stilswyend, voor die hof gelê wat daarop dui dat Suid-Afrika die 'nuwe' Rhodesië erken nie. Die hof steun op die opinie van 'n volkeregtelike skrywer om aan te dui dat erkenning wel stilswyend<sup>206</sup> kan geskied. Sonder enige inligting met betrekking tot of Suid-Afrika of Rhodesië se bedoelings in verband met die voortbestaan of andersins van die uitleweringsooreenkoms, bevind die hof dat appellant se uitlewering aan Rhodesië tersyde gestel moet word.

Volgens Friedman R<sup>207</sup> is die vraag wat in *Yorigami Maritime Construction Co Ltd v Nissho-Iwai Co Ltd* beslis moet word die volgende:

'... whether the jurisdiction of this Court is limited to delicts committed within the three mile limit or whether its jurisdiction extends to delicts committed within six nautical miles of the low water mark.'

Die hof bevind dat nóg die Hooggeregshofwet, Wet 59 van 1959, nóg enige ander wet die hof se jurisdiksie beperk.<sup>208</sup> Artikel 2 van die Wet op Territoriale Water, Wet 87 van 1963 bepaal:

---

<sup>201</sup> supra 253.

<sup>202</sup> supra 256.

<sup>203</sup> 1977 1 SA 665 A.

<sup>204</sup> supra 670, 672-3.

<sup>205</sup> 1977 1 SA 823 N.

<sup>206</sup> supra 824.

<sup>207</sup> 1977 4 SA 682 CPD op 695.

<sup>208</sup> supra.

'The sea within a distance of six nautical miles from low water mark shall be territorial waters of the Republic.'

Artikel 5 van die wet bepaal dat:

'Any law relating to the territorial waters of the Republic or to the sea within a distance of three miles or three nautical miles from low water mark, shall apply —

(a) in respect of the territorial waters of the Republic as defined in section 2.'

Die hof gaan voort:<sup>209</sup>

'According to international law, if the municipal law of a State does not by a statute extend its jurisdiction over its maritime belt, its Courts ought to presume that since by the law of nations the jurisdiction of a State does not extend over its maritime belt, their sovereign has tacitly consented to that wider range of its jurisdiction.'

Die grondgebied van 'n staat word dan beskryf in ooreenstemming met die volkereg en verwysing word onder andere ook na Bynkershoek gemaak. Die hof beslis dat in afwesigheid van wetgewing, die hof se jurisdiksie nie nader as die drie seemyl strek nie.<sup>210</sup> Die gevolgtrekking waartoe die hof kom is dat:

'... international law being part of the law of the Republic ... the reference to any law relating to the sea within a distance of three nautical miles from the low water mark in section 5 of the Territorial Waters Act, 87 of 1963, includes a reference to international law. I am accordingly of opinion that the law which fixed the jurisdiction of this Court as being three nautical miles from low water mark, was extended by the Territorial Waters Act to six nautical miles from the low water mark.'<sup>211</sup>

Volgens Professor Booysen is ook die *Yorigami*-beslissing nie gesag vir die reël dat die volkereg deel van ons reg is nie. Hy verwys na die gesag, insluitend die Romeins-Hollandse gesag, waarop die hof steun en kom tot die gevolgtrekking dat die gesag nie die afleiding regverdig dat die gebiedswater deel was van die Kaapkolonie nie en dus is dit ook nie deel van die Republiek nie. Slegs die uitvoerende gesag kan besluit of die betrokke staat soewereiniteit oor sy gebiedswater wil aanvaar en in die onderdanige geval is dit duidelik dat die uitvoerende gesag die territoriale water nie as deel van Suid-Afrika beskou het nie.

---

<sup>209</sup>supra.

<sup>210</sup>supra 696.

<sup>211</sup>supra.

In *Nduli and Another v Minister of Justice*<sup>212</sup> is die appèlhof vir die eerste maal gekonfronteer met die vraag rakende die verhouding tussen die volkereg en die munisipale reg. Die offisier in beheer van die Natalse veiligheidstak het sy ondergeskiktes streng bevele gegee om nie die grens oor te steek na Swaziland nie. Ondanks die opdrag het twee van sy ondergeskiktes die grens na Swaziland oorgesteek en die appellante uit Swaziland ontvoer en na Suid-Afrikaanse grondgebied gebring waar hulle formeel gearresteer is deur die offisier in beheer.

Volgens die appèlhof is die vraag wat beslis moet word of 'n Suid-Afrikaanse hof in terme van die volkereg soos toegepas in die Suid-Afrikaanse reg, oor die nodige jurisdiksie beskik om die beskuldigdes wat op vreemde grondgebied genader is, maar binne die Republiek gearresteer is, kan verhoor. Die hof begin sy uitspraak deur aan te voer dat 'it is obvious that international law is to be regarded as part of our law.'<sup>213</sup>

Rumpff HR verklaar voorts dat

'according to our law only such rules of customary international law are to be regarded as part of our law as are either universally recognised or have received the assent of this country.'<sup>214</sup>

Hiermee gee die hof uitdrukking aan Oppenheim<sup>215</sup> en sy werk oor die volkereg. Oppenheim bepaal verder dat

'the fact that international law is part of the law of the land and is binding directly on the courts and individuals does not mean that English law recognises, in all circumstances, the supremacy of international law.'

Deur te steun op die passasies van Oppenheim, het die appèlhof 'n duidelike aanduiding gegee dat die toepassing van volkeregtelike gewoontereg in Suid-Afrika onderhewig is aan sekere Engelsregtelike kwalifikasies, ten spyte van die feit dat die *fons et origo* van die stelling dat die volkereg deel van die Suid-Afrikaanse reg is, gevind moet word in die Romeins-Hollandse reg. Die feit dat die hof faal om uit te brei op Oppenheim se aanhaling is ongelukkig, veral aangesien die stelling dat reëls eers die 'assent of this country [must] receive' vaag is en gekwalifiseer behoort te word.

Dit is interessant om daarop te let dat Mnr Muller<sup>216</sup> (namens die appellante) argumenteer dat die arrestasie van 'n krimineel op die grondgebied van 'n ander *prima faci* 'n verbreking van die volkereg daarstel (deur te steun op Oppenheim en *S v Ramotse*) asook 'n verbreking van ons munisipale reg (deur te steun op 'n verskeidenheid van Romeins-Hollandse skrywers). Hy gaan voort<sup>217</sup> en

---

<sup>212</sup> 1978 1 SA 893 AD.

<sup>213</sup> *supra* 906.

<sup>214</sup> *supra*.

<sup>215</sup> a w op 39,81.

<sup>216</sup> *Nduli and Another v Minister of Justice* 1978 1 SA 893 AD 895.

<sup>217</sup> *supra* 898.



argumenteer dat volkeregtelike gewoontereg wel die knie moet buig voor Suid-Afrikaanse wetgewing, maar dat wetgewing so geïnterpreteer moet word dat dit in ooreenstemming is met die volkereg. Aangesien daar geen wetgewing is wat die arrestasie van persone deur die Suid-Afrikaanse Polisie buite die grondgebied van Suid-Afrika en Suidwes-Afrika magtig nie, is die hof steeds gebonde aan die Romeins-Hollandse reg soos neergelê deur Voet.

Die hof<sup>218</sup> bevind egter dat die Romeins-Hollandse gesag nie tot hulp is nie, aangesien

‘...these authorities do not deal with international law; they relate to the territorial jurisdiction of Provincial Judges of the country concerned, i.e., whether the Judge or his officers of province A can pursue or apprehend a fugitive delinquent in province B and bring him back for trial in province A.’

Nadat die hof na verskeie Suid-Afrikaanse, Engelse en Amerikaanse hof-beslissings en volkeregtelike skrywers verwys het, kom die hof tot die gevolgtrekking dat

‘...the appellants’ case would only have merited consideration if these abduction had been authorised by the Republic of South Africa.’<sup>219</sup>

Die uitspraak het kritiek<sup>220</sup> uit talle oorde uitgelok.

Volgens Schaffer is die verhouding tussen die volkereg en munisipale reg nie bevredigend deur die appêlhof verklaar nie. Sy voer aan dat die verwysing na Oppenheim daarop dui dat die hof aanvaar dat die toepassing van volkeregtelike gewoontereg onderhewig is aan sekere kwalifikasies afkomstig vanuit die Engelse reg. Die hof wend geen poging om die verwysing na Oppenheim op te helder nie. Kritiek word veral uitgespreek teen die stelling dat sekere reëls die ‘assent of the country’ benodig. Die hof het egter ’n onderskeid getref tussen reëls wat universeel erken word en die wat die toestemming van die land benodig.

Onduidelikheid bestaan ook oor die vorm wat die toestemming moet aanneem; of die transformasie- of inkorporasieteorie toegepas moet word. Booysen<sup>221</sup> is weer onseker oor watter orgaan die toestemming moet verleen, die uitvoerende of die wetgewende gesag.

Labuschagne<sup>222</sup> voer weer aan dat bogenoemde aanhaling in stryd is met die vroeëre uitgangspunt wat die hof inneem, naamlik dat volkeregtelike gewoontereg deel van ons reg vorm indien dit universeel erken word. Volgens hom

---

<sup>218</sup>supra 910.

<sup>219</sup>supra 911.

<sup>220</sup>Sien onder andere R. Schaffer a w 306-7; H Booysen *Volkereg* a w 341; J.M.T. Labuschagne *Interstaatlike verdrae en Wetsuitleg* 1981 THRHR 292 op 294.

<sup>221</sup>H Booysen *Volkereg* a w 341.

<sup>222</sup>J.M.T. Labuschagne *Interstaatlike verdrae en Wetsuitleg* 1981 THRHR 292 op 294.

kan daar wel geargumenteer word dat die algemeen erkende volkeregtelike gewoontereg via ons gemene reg of by wyse van presedentereg wat deur ons howe geskep is, deel van ons reg geword het. Dan het dit die 'assent of this country', want sowel ons gemene reg as ons presedentereg word immers in Suid-Afrika as regsbronne aanvaar. Hy aanvaar dan dat dit is wat die hof in gedagte gehad het.

Aangesien volkeregtelike gewoontereg deel is van die Suid-Afrikaanse reg hoef dit geen transformasie te ondergaan nie. Verdrae moet egter eers deur middel van toepaslike wetgewing getransformeer word voordat dit deur die Suid-Afrikaanse howe toegepas kan word. Volkeregtelike verdrae behoeft dus die 'assent of the country'.

Dit is te betreur dat die hof nie werklik stelling ingeneem het en meer aandag aan die probleem gegee het soos Lord Denning in die *Trendtex*-beslissing<sup>223</sup> doen het nie. Uit die bespreking van daaropvolgende beslissing sal dit blyk dat die stelling deur nie een ander regter verder uitgelê is nie.

*Prentice, Shaw & Schiess Incorporated v Government of the Republic of Bolivia*<sup>224</sup> handel nogmaals oor die leerstuk van soewereine immunititeit. Die hof verwys<sup>225</sup> na die talle Suid-Afrikaanse beslissings waar die volkeregtelike beginsel dat die howe van een staat nie 'n vreemde staat teen sy wil 'n party tot regsprosedure sal maak nie, toegepas is. Voorts wys die hof ook op die moderne neiging dat die beginsel van soewereine immunititeit nie meer absoluut toegepas word deur die howe van talle beskaafde State nie.

In *Nkondo v Minister of Police and Another*<sup>226</sup> was die applikant se broer, N, 'n passasier in 'n vliegtuig van die lugdiens van Lesotho. As gevolg van ongunstige weerstoestande was die vliegtuig verplig om op Bloemfontein te land. Die passasiers word per bus na Lesotho vervoer. By die grenspos word N gearresteer in terme van die Wet op Terrorisme. Volgens die applikant behoort die hof die volkeregtelike beginsel rakende skepe en vliegtuie in distres toe te pas, wat daartoe sal lei dat die Republiek sodanige passasiers nie kan arresteer nie. Die hof verwys na die werke van verskillende volkeregtelike skrywers. Na die bespreking van die werke, volg die hof<sup>227</sup> se *ratio decidendi*:

'The reason why such a proposition cannot be accepted is that no country can be expected to place its own national safety or security second to a rule of international law which is intended to afford protection to people who through no fault of their own are placed in a perilous situation and then have to seek safety in the State concerned ... This conclusion is in my view also supported by the practically universally accepted principle that the right of national security and of self-preservation is superior to all other rights.'

<sup>223</sup> *Trendtex Trading Corporation v Central Bank of Nigeria* 1977 2 WIR 356 A.

<sup>224</sup> 1978 3 SA 938 T.

<sup>225</sup> supra 939.

<sup>226</sup> 1980 2 SA 894 O.

<sup>227</sup> supra 902-3.

Die vraag wat Margo R in *Inter-Science Research and Development Services (Pty) Ltd v Republica Popular de Moçambique*<sup>228</sup> moes beantwoord, was of die hof die restriktiewe leerstuk van soewereine immuniteit in die geval kan toepas. Die hof<sup>229</sup> wys daarop dat die konsep van universele erkenning nie absoluut is nie, want

‘...if a custom becomes established as a general rule of international law, it binds all States which have not opposed it, whether or not they themselves played an active part in its formation... See also article 38 of the Statute of the International Court of Justice, which provides, *inter alia*, that

1. The Court, whose function is to decide in accordance with international law such disputes as are submitted to it, shall apply:

a) ...

b) international custom, as evidence of a general practice accepted as law;

Op die basis aanvaar die hof dat die restriktiewe leerstuk kwalifiseer vir erkenning as deel van ons reg. Geen lig word egter gewerp op wat presies die omvang van die woorde ‘[having] received the assent of this country’ behels nie.

Eksteen R in *Kaffraria Property Co (Pty) Ltd v Government of the Republic of Zambia*<sup>230</sup> maak feitlik identiese opmerkings as Margo R in die *Inter-Science*-beslissing, deur die *Nduli*-beslissing as gesag aan te haal vir die stelling dat

‘...since... international law forms part of our law, it is our duty to apply [the principle of restricted sovereign immunity] in our law in so far as it does not conflict with our legislation or common law.’

Ook hier word geen poging aangewend om presies te analiseer wat die appèlhof bedoel het met die gekwalifiseerde aanvaarding van die volkereg nie.

In *S v Adams, S v Werner*<sup>231</sup> is die appellante skuldig bevind aan oortredings van die Wet op Groepsgebiede. Dugard<sup>232</sup> argumenteer namens Werner as volg: Alhoewel Suid-Afrika geen Menseregtehandves het nie, erken die gemene reg wel die bestaan van basiese menseregte. Die Engelse appèlhof beskou so ’n reg (dit wil sê, die reg op familelewe) as deel van die Engelse gemene reg. Die gemene reg word versterk deur die Europese Konvensie vir die Beskerming van Menseregte van 1950. Die konvensie is deur Engeland onderteken. Alhoewel dit nie deel is van die Engelse reg nie, kan die hof daarop ag slaan, aangesien dit uitdrukking gee aan die Wes-Europese regstradisie, waarvan die Romeins-Hollandse reg ’n deel is. Voorts argumenteer hy dat die Handves van die Verenigde Volke onderteken en geratifiseer is deur Suid-Afrika. Die Handves is ’n

<sup>228</sup> 1980 2 SA III T.

<sup>229</sup> supra 125.

<sup>230</sup> 1980 2 SA 709 E op 712-5.

<sup>231</sup> 1981 1 SA 187 A.

<sup>232</sup> supra 205.

multi-laterale verdrag en bindend op Suid-Afrika ingevolge die volkereg. Artikels 55 en 56 van die Handves bevat menseregte bepalings wat internasionale regsverpligtinge op alle lidstate plaas. Aangesien die Handves nie deur middel van wetgewing in ons reg geïnkorporeer is nie, is dit nie direk afdwingbaar nie. Waar plaaslike wetgewing nie duidelik in konflik is met die verdrag nie, behoort 'n Suid-Afrikaanse hof effek te gee aan 'n interpretasie wat versoenbaar is met die verdrag.<sup>233</sup> Vir gesag steun hy op die Engelse reg waar die Engelse hof nie-geïnkorporeerde verdrae gebruik om daaropvolgende wetgewing te interpreteer. Die Suid-Afrikaanse hof behoort dit na te volg, aangesien ons hof oor die algemeen gelei word deur die Engelse reg waar dit handel oor die verhouding tussen die volkereg en munisipale reg.

Rumpff HR<sup>234</sup> maak korte metten met die alternatiewe betoog van Mnr Dugard:

'Die betoog dat internasionale verhoudings, byvoorbeeld die Handves van die Verenigde Volke, as toetssteen gebruik moes word is . . . onaanvaarbaar. 'n Proklamasie ingevolge die Wet op Groepsgebiede moet getoets word aan die bepaling van die Wet.'

Die kwessie rakende menseregte soos omvat in die volkereg en die aanwending daarvan deur die Suid-Afrikaanse hof, is ook deur die Regskommissie<sup>235</sup> ondersoek.

Die kommissie bevind dat menseregtelijke norme soos omvat in die volkereg, wel deel van die reg van die land word en deur die hof toegepas kan word, mits die wetgewer daartoe toestem of dit universeel erken word. Dit is ook in ooreenstemming met Rumpff HR se aanhaling in die *Nduli*-beslissing. Die kwalifikasie bestaan egter dat daar geen botsende Suid-Afrikaanse regsreël mag bestaan nie. Al die bronne van ons positiewe reg moet dus eers uitgeput word, voordat die hof die toepaslike volkeregreël sal toepas. Prakties laat dit weinig ruimte vir die aanwending van die volkereg.

Die regsgevolge van die menseregtelijke bepalings soos vervat in die Handves van die Verenigde Volke is in 1971 opgeklaar deur die Internasionale Geregshof wat bevestig het dat die bepalings regtens bindend is.<sup>236</sup>

Die Handves het egter nooit regskrag in Suid-Afrika verkry nie, aangesien daar nie wetgewing bestaan wat dit regskrag verleen nie. Die menseregtelijke bepalings kan dus slegs bindend wees in die internasionale sfeer.

Dugard<sup>237</sup> is die mening toegedaan dat die hof nie simpatiek staan teenoor

<sup>233</sup> *supra* 208-9.

<sup>234</sup> *supra*.

<sup>235</sup> *South African Law Commission Working Paper 25 Project 58: Group and Human Rights* 174-182.

<sup>236</sup> *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (SWA) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)* 1971 ICJ Reports 16.

<sup>237</sup> J. Dugard *International Human-Rights Norms: Can South Africa learn from Britain and the United States in Fiat Iustitia — Essays in Memory of Oliver Denys Schreiner* 1983 221 e.v.; — *The Conflict Between International Law and South African Law. Another Decisive*

ontwikkelings in die volkereg nie, veral met verwysing na menseregte. Volgens hom behoort die Suid-Afrikaanse howe gelei te word deur ongeïnkorporeerde verdragsverpligtinge by die interpretering van dubbelsinnige statutêre bepalings.

Professor Booysen<sup>238</sup> bevraagteken die argument. Alhoewel hy Diplock LJ se dictum in *Solomon v Commissioners of Customs and Excise* dat

'if one of the meanings which can reasonably be ascribed to the legislation is consonant with the treaty obligations and another or others are not, the meaning which is consonant is to be preferred'

aanvaar, word dit as volg deur hom gekwalifiseer:

'Daar moet in gedagte gehou word dat bogenoemde beginsels slegs geld indien dit duidelik is dat die bepaalde statuut dit as doel het om aan die staat se internasionale verpligtinge effek te gee. Daar bestaan geen algemene vermoede in ons reg dat elke statuut beoog om met die volkereg in ooreenstemming te wees nie.'

Geen gesag word aangehaal vir die stelling nie, maar dit ondermyn die standpunt dat daar 'n algemene vermoede op die wetgewer rus om sy internasionale verpligtinge na te kom, behalwe as dit uitdruklik of by implikasie anders blyk. Die praktiese gevolg hiervan is dat 'n hof nie 'n dubbelsinnige statuut sal kan interpreteer wat nie bedoel om 'n verdrag te inkorporeer, in ooreenstemming met algemene beginsels van die volkereg of in ooreenstemming met 'n staat se verdragsverpligtinge nie. Dat 'n volkeregtelike beginsel gebruik kan word om ondergeskikte wetgewing nietig te verklaar op grond van onredelikheid, sal in die praktyk ook nie toepassing vind nie. Die probleem is dat die howe eers bestaande interpretasieëls sal aanwend wat 'n volledige basis vir interpretasie daarstel, voordat die volkereg as 'n hulp aangewend sal word.

Ten spyte van die algemene standpunt dat menseregtereëls nie volkeregtelike gewoontereg daarstel nie vanweë grootskaalse wantoepassing, verteenwoordig nie-diskriminasie op grond van ras een van die uitsonderings. Suid-Afrika kon die status van 'n *persistent objector* in die verband vertolk het, aangesien hy deurentyd aangevoer het dat sulke gevalle binne sy huishoudelike jurisdiksie val en ten sterkste beswaar gemaak het teen die inmenging van die Verenigde Volke.<sup>239</sup> Die regering het egter in 1986 in die parlement erken dat die apartheidsbeleid gefaal het. Dit kan geïnterpreteer word as die abandonering van die beleid, sodat Suid-Afrika nie meer as 'n *persistent objector* ten opsigte van nie-diskriminasie op grond van ras beskou kan word nie. Wat dan voorheen 'n algemene volkeregreël was, kan nou as 'n universele volkeregreël beskou word,

*Factor in South African Society* 1986 *South African Journal on Human Rights* 1-28.

<sup>238</sup> Booysen *Volkereg* a w 328. Dieselfde mening word gehandhaaf deur C.J. Botha 1984 *THRHR* 374, in sy resensie van G.M. Cockram se *Interpretations of Statutes* 2e uitgawe 1983.

<sup>239</sup> Sien D.J. Devine *International Law Tensions Arising from the South African Situation 1976-1986* 1987 *Acta Juridica* 165 op 177-9, veral vn 73 vir voorbeelde van besware deur die parlement.

deurdat die konstante teëstand verval het. Daar kan dus geargumenteer word dat Suid-Afrika nou gebonde is aan die reël.

In *Maluleke v Minister of Internal Affairs*<sup>240</sup> het die applikant, 'n Suid-Afrikaanse burger, sekere onvleiende opmerkings gemaak teenoor die President van Bophuthatswana. As gevolg daarvan het die respondent ingevolge plaaslike wetgewing opgetree en alle vrystellings met betrekking tot die applikant opgehef; dit wil sê: die applikant kon nie meer die land binnegaan sonder 'n tydelike permit vir vreemdelinge of 'n visum nie. Volgens Hiemstra HR<sup>241</sup> is dit

'one of the marks of sovereignty that aliens can be excluded at will ... The present topic hovers in the diffuse area of division between international law and constitutional law. Authorities of South Africa, the British Commonwealth and of the United States of America are in this field common possessions. It is the common law, and encroachment upon it, either by international treaty or by legislative enactment, can freely take place.'

Die hof verwys dan met goedkeuring na Engelse en Amerikaanse beslissings waar die volkeregtelike reël toegepas is. Dit is interessant om te let dat die een Engelse beslissing<sup>242</sup> wat die hof aanhaal, op Vattel steun vir gesag vir die volkeregreël.

Namens die applikant word egter aangevoer dat die posisie verander is deur 'n verdrag wat gesluit is tussen Suid-Afrika en Bophuthatswana, te wete die ooreenkoms *Relating to Movement of Citizens of the Republic of South Africa and of Bophuthatswana across the Common Borders*, deurdat dit die wetgewing waarop die respondent steun, raak. Die posisie wat die verdrag in die reg van die staat inneem word dan deur die hof ondersoek en deur te steun op *Pan-American World Airways Incorporated v SA Fire and Accident Insurance Co Pty Ltd*<sup>243</sup> bevind die hof dat dit nie dieselfde krag het as wetgewing het nie en dat individue geen regte daaruit verkry nie. Eers as dit uitdrukking vind in die wetgewing, kan die hof daarvan kennis neem. Die hof<sup>244</sup> beslis voorts dat

'when interpreting such legislation, the Courts are entitled to take treaties into account, but only as a guide on doubtful points.'

Die beskuldigdes in *S v Sagarius en Andere*,<sup>245</sup> lede van SWAPO, is skuldig bevind aan oortredings ingevolge die Wet op Terrorisme. By die bepaling van 'n geskikte vonnis, bevind die hof dat dit blyk

'dat die Wêreldhof en die gesaghebbende liggame van die Verenigde Volke Organisasie Suid-Afrika se teenwoordigheid as onwettig bestempel het en dat hierdie sienswyse deur 'n groot deel van

<sup>240</sup>1981 1 SA 707 B.

<sup>241</sup>supra 710.

<sup>242</sup>supra 710; *Attorney-General for Canada v Cain* 1906 AC 542 op 546.

<sup>243</sup>1965 3 SA 150 A op 160.

<sup>244</sup>supra 713.

<sup>245</sup>1983 1 SA 833 SWA.



die internasionale gemeenskap onderskryf word ... In die getuienis is daarop gewys dat daar 'n neiging in die internasionale reg is om gevangenes wat openlik in 'n kenmerkende uniform deelgeneem het aan 'n wapenstryd teen koloniale, rassistiese of vreemde moondhede, die status van krygsgevangenes te gee ... Na my oordeel was Professor Dugard reg in sy mening dat hierdie hof nie kan verklaar dat die beskuldigdes as krygsgevangenes behandel moet word nie, maar dat die neiging in die internasionale reg as 'n faktor beskou moet word by die oorweging van die vraag of die doodsvonnis opgelê moet word.' <sup>246</sup>

In *Binga v Administrator-General, South West Africa and Others*<sup>247</sup> is die applikant opgeroep om diensplig in Walvisbaai te verrig. Volgens die applikant is die betrokke Proklamasie wat kom verplig om diensplig te verrig, strydig met die mandaat van die Volkebond. Voorts word daar namens die applikant aangevoer dat die Mandaat opgeskort is deur die Algemene Vergadering in 1966, soos geëndosseer deur die Veiligheidsraad in 1970. Suid-Afrika bekleed dus die posisie van 'n *de facto* regering en kan dus nie geldige wette maak vir die gebied nie.

Volgens Mouton R<sup>248</sup> is dit dieselfde submissie wat gemaak is in *S v Tuha-deleni*<sup>249</sup> en steun hy grootliks op die uitspraak van Steyn H:<sup>250</sup>

'The contention here is that by implication coming from the term of the mandate, the rights conferred by it upon the inhabitants of the territory are entrenched against violation by Act of Parliament, that Parliament has recognised this limitation upon its powers; that the Courts are of necessity the guardians of this entrenchment that they have accordingly, under the fundamental law of the territory been vested with jurisdiction to declare invalid any Act passed by Parliament which offends against the mandate, and that Parliament could not have intended to annul this jurisdiction when it enacted section 59(2).'

Hoofregter Steyn handhaaf die uitgangspunt dat die mandaat nog bestaan. Die mandaat oorweeg nie

'any such unexpressed limitation upon the powers of Parliament as is contended for. It would rather seem that the parties concerned were content to leave enforcement of the obligations under the mandate to procedures and restraints available in the international field.'

---

<sup>246</sup>supra 836.

<sup>247</sup>1984 3 SA 945 SWA.

<sup>248</sup>supra 961.

<sup>249</sup>1969 1 SA 165 A.

<sup>250</sup>supra 171.

In navolging van bogenoemde beslissing bevind die hof<sup>251</sup> dat dit nie in ooreenstemming met die hof se judisiële funksie is om die mandaat as toetssteen vir parlementêre wetgewing te gebruik nie. Die hof gaan voort<sup>252</sup> deur na verskillende skrywers te verwys en kom tot die gevolgtrekking dat die samewerking van Suid-Afrika volgens die volkereg, noodsaaklik is vir die opskorting van die mandaat. Alhoewel daar volgens Strydom R<sup>253</sup> meningsverskille bestaan tussen volkeregsrywers of die opskorting van die mandaat geldig is al dan nie, moet aanvaar word dat die mandaat as opgeskort beskou word in die internasionale sfeer. Voorts:

'Sitting as a municipal Court it is in my opinion therefore necessary to determine to what extent the problem which we are facing is to be determined by the dictates of international law, as was argued before us, or, after all is said and done, whether it falls to be decided purely and simply according to the law of the land. This will depend on whether this Court, sitting as a municipal Court, is bound by decisions and resolutions of the United Nations and other international organisations *mero motu* and therefore obliged to give effect thereto.' <sup>254</sup>

Die hof<sup>255</sup> bevind dan dat nòg die beslissings van die Verenigde Volke, nòg die resolusies van die Algemene Vergadering of die Veiligheidsraad, nòg die adviserende opinies van die Internasionale Geregshof deel is van ons volkeregtelike gewoontereg.

'That does not mean that this Court, . . . is ignoring the opinion of the international community but such opinion should at least prompt the Court to investigate the internal situation. However, once the Court has come to the conclusion that the South African Government is in effective control of the territory, that is the end of the matter.'

Die hof verwys na verskillende Suid-Afrikaanse beslissings en kom tot die gevolgtrekking dat aangesien Suid-Afrika interne soewereiniteit oor die gebied het, dit wel bevoeg is om wetgewing vir die gebied uit te vaardig. In navolging van die *Tuhadeleni*-beslissing, bevind die hof<sup>256</sup> verder dat die mandaat nie deel is van ons munisipale reg nie en dat die Parlement se mag om wetgewing vir die gebied te maak, nie beperk is deur sodanige terme nie.

<sup>251</sup> *Binga v Administrator-General, South West Africa and Others* 1984 3 SA 945 SWA op 963-4.

<sup>252</sup> *supra* 964.

<sup>253</sup> *supra* 966.

<sup>254</sup> *supra* 967.

<sup>255</sup> *supra* 968.

<sup>256</sup> *supra* 971.

Die appèl teen die beslissing berus basies op die submissie dat die Parlement nie bedoel het om die staatspresident te magtig om wette strydig met die mandaat te maak nie.<sup>257</sup> Volgens Van Heerden AR:<sup>258</sup>

'The thrust of the contention was that the mandate became part of the statute law of South Africa, that although Parliament may repeal or amend the law incorporating the mandate, it had not done so, and that in enacting section 38 of the South West Africa Constitution Act the Legislature did not intend to confer upon the State President the power to make laws in conflict with the mandate ... I find it unnecessary to deal with this submission. I shall therefore assume, in favour of the appellant, that in some way or another the provisions of the mandate became part of the so-called composite constitution of the territory.'

En verder:<sup>259</sup>

'Counsel for the appellant also sought to rely on the presumption that Parliament does not intend to violate its international obligations ... there is consequently a presumption that Parliament did not intend to confer upon the State President the power to legislate in conflict with the international obligations created by the mandate.'

Die hof bevind dat, in navolging van Engelse beslissings, by die interpretasie van wetgewing daar nie *a priori* vermoed kan word dat die Parlement bedoel om sy verdragsverpligtinge na te kom nie.

'In the present case there is nothing ambiguous in section 38(1) of the South West Africa Constitution Act. As already pointed out it confers in clear terms extensive powers of legislation upon the State President in regard to the territory, without imposing any restrictions whatsoever on the ambit of the State President's legislative competence. Moreover, there is no indication that, in enacting the Act, Parliament intended to give effect to such international obligations as the mandate imposed and may still be in existence. Indeed, the Act contains no reference whatsoever to the mandate. The aforesaid presumption consequently finds no application in the appeal.'

260

Professor Erasmus<sup>261</sup> kritiseer ook regter Strydom se verklaring in die *Binga*-beslissing<sup>262</sup> wat suggereer dat die oomblik wanneer 'n regering effektiewe kontrole oor 'n gebied het, volkeregtelike oorwegings irrelevant word, aangesien dit

<sup>257</sup> *Binga v Cabinet for South West Africa and Others* 1988 3 SA 155 A op 180.

<sup>258</sup> *supra* 181,3.

<sup>259</sup> *supra* 184.

<sup>260</sup> *supra* 185.

<sup>261</sup> G. Erasmus *Mandates, Military Service and Multiple Choice* 1985-86 SAYIL 115 op 128.

<sup>262</sup> *Binga v Administrator-General, South West Africa and Others* 1984 3 SA 945 SWA.

sal beteken dat munisipale howe omtrent nooit die volkereg sal hoef te raadpleeg nie. Die hof gaan dan voort en bepaal dat die vraag wat beantwoord moet word is of die geskil beslis moet word

‘purely and simply according to the law of the land’

of

‘the dictates of international law.’<sup>263</sup>

Alhoewel regter Mouton aanvaar dat volkeregtelike gewoontereg deel is van die reg van die land, bevind hy dat resolusies van die Algemene Vergadering en die Veiligheidsraad, sowel as die adviserende opinies van die Internasionale Gereshof en verpligtinge ingevolge internasionale ooreenkomste slegs die hof se aandag sal geniet indien dit deur wetgewing geïnkorporeer is. Maar, volgens Professor Erasmus:

‘To decide a matter purely and simply according to the law of the land is to take international law into account.’

Die howe moet nog steeds die reg van die land verklaar en om dit te doen moet daar uitdrukking gegee word aan die wil van die wetgewer. Om dit te doen moet die reëls rakende die interpretasie van wetgewing in ag geneem word en een van die reëls bepaal dat dubbelsinnige wetgewing so uitgelê moet word om ’n botsing met erkende beginsels van die volkereg te vermy. Soos reeds aangedui deur Professor Dugard, is daar geen rede waarom die interpretasie-reël tot volkeregtelike gewoontereg beperk moet word nie en behoort dit ook by nie-geïnkorporeerde verdrae aangewend te kan word om dubbelsinnige wetgewing op te helder.

*Barker McCormac (PVT) Ltd v Government of Kenya*<sup>264</sup> handel oor die leerstuk van soewereine immuniteit. Na ’n bespreking van verskillende Suid-Afrikaanse en Engelse beslissings, bevind Samatta R<sup>265</sup> as volg:

‘I have held that it is the restrictive doctrine of sovereign immunity which forms part of the law of this country.’

Die beskuldigde in *S v Petane*<sup>266</sup> is aangekla ingevolge artikel 54(1) van die Wet op Binnelandse Veiligheid, Wet 74 van 1982. Die beskuldigde weier om te pleit en voer aan dat die hof nie oor die nodige jurisdiksie beskik om hom te verhoor nie, aangesien hy ’n krygsgevangene in terme van die bepalings van die Eerste Protokol van die Geneefse Konvensies is. Die vraag was dus of die Eerste Protokol deel is van die Suid-Afrikaanse reg. Conradie R<sup>267</sup> redeneer as volg:

<sup>263</sup> *Binga v Administrator-General, South West Africa and Others* supra 967.

<sup>264</sup> 1985 4 ZHC 197.

<sup>265</sup> supra 202.

<sup>266</sup> 1988 3 SA 51 C.

<sup>267</sup> supra 56-7.

'In *Nduli and Another v Minister of Justice and Others* 1978 1 SA 893 A, the Appellate Division accepted that customary international law was, subject to its not being in conflict with any statutory or common municipal law, directly operative in the national sphere. The Appellate Division described the attributes of a rule of customary international law which would make it applicable in South Africa. It would have to be either universally recognised or it would have received the assent of this country. In holding this, the Court referred to a passage in Oppenheim ... Our law and English law in this respect is therefore the same.

It is not clear to me whether Rumpff C J in giving the judgement meant to lay down any stricter requirements for the incorporation of international law usages into South African law than the requirements laid down by international law itself for the acceptance of usages by States. International law does not require universal acceptance for a usage of States to become a custom.'

Margo J, ... in *Inter-Science Research and Development Services (Pty) Ltd v Republica Popular de Moçambique* 1980 2 SA 111 T, did not think that the word 'universal', despite its ordinary meaning, was really intended to mean universal. I do not think so either ... I am prepared to accept that where a rule of customary international law is recognised as such by international law it will be so recognised by our law.'

Om vas te stel of die Protokol reeds deel geword het van die volkeregtelike gewoontereg ondersoek die hof die opinies van 'n aantal volkeregskrywers.<sup>268</sup> Die hof<sup>269</sup> verwys ook na 'n artikel van Christina Murray waarin sy die volgende skryf:

'In neither the *Sagarius* nor the *Mogoerane* case (cases dealing with extenuating circumstances) did Professor John Dugard, who appeared as an expert witness the defence, argue that the Protocols reflect customary international law. Rather, he suggested they were evidence of a trend in the law of which account should be taken. This is a cautious approach, but one, I think, that is well founded.'

Die hof gaan voort en beslis:

'I have not been persuaded by the arguments which I have heard on behalf of the accused that the assessment of Professor Dugard, writing in the *Annual Survey of South African Law* (1983) at 66,

<sup>268</sup>supra 57-66.

<sup>269</sup>supra 65; Christina Murray *The Status of the ANC and SWAPO in International Humanitarian Law* 1983 SALJ 402.

that it is argued with growing conviction that under contemporary international law members of SWAPO and the ANC are members of liberation movements entitled to prisoner-of-war status, in terms of a new customary rule spawned by the 1977 Protocols', is correct ... No writer has been cited who supports this proposition.'<sup>270</sup>

Die hof beslis dus dat die Eerste Protokol nie deel geword het van die volke-regtelike gewoontereg nie en dit dus nie deel vorm van die Suid-Afrikaanse reg nie.

### 5.2.1 Gevolgtrekking

Die bespreking van die hofbeslissings toon eerstens hoe die volkereg deur die Suid-Afrikaanse hof hanteer word. Waar dit gehandel het oor volkeregtelike onderwerpe, het die hof sonder huiwering die toepaslike volkeregreëls toegepas. Alhoewel die hof dit nie altyd uitdruklik bepaal het dat die volkereg deel van die Suid-Afrikaanse reg is nie, het die meeste beslissings bevind dat ten minste die volkeregtelike gewoontereg deel is van ons reg. Talle regters het selfs uitdruklik bepaal dat dit die hof se plig is om die volkereg in gepaste gevalle toe te pas.

Tweedens illustreer sommige beslissings die verhouding tussen die volkereg en die Romeins-Hollandse reg, naamlik, dat dit slegs as raamwerk dien waaruit die volkereg ontwikkel het, maar dat dit nou 'n selfstandige deel van die Suid-Afrikaanse reg uitmaak.

Derdens illustreer talle beslissings die ander implikasie van die *Nduli*-uitspraak, naamlik dat waar die staatsreg 'n rol speel die Engelse reg as gemene-reg dien. Die hof maak dan ook in sulke gevalle ryklik van die Engelse reg gebruik. Dit verskaf dus aan die hof 'n wyer basis van optrede waar die verhouding tussen die volkereg en die staatsreg ter sprake kom.

## 5.3 Beperkinge

### 5.3.1 Algemeen

Dit word, soos reeds genoem, algemeen aanvaar dat Engeland en die Gemenebeslande die verhouding tussen die volkereg en munisipale reg in dieselfde lig sien. Fawcett<sup>271</sup> stel dit as volg:

'Generally accepted rules of international law will be applied by the courts in proper cases as *lex fori*; that is to say, the courts adapt and apply these rules directly making no distinction in this process between them and municipal law. It is also a constitutional rule that

<sup>270</sup> *S v Petane* 1988 3 SA 51 C op 66-7.

<sup>271</sup> J.E.S. Fawcett *The British Commonwealth in International Law* 1963 73-4.



no treaty or international agreement can, without the aid of a statute incorporating its provisions be applied so as to modify private rights or alter municipal law, save in the exercise of belligerents' rights.'

Hieruit blyk dit dat die verhouding tussen die staatsreg en die volkereg ook 'n rol speel by die toepassing van die volkereg deur die Suid-Afrikaanse hof, aangesien eersgenoemde die mate en wyse waarop die volkereg in die Suid-Afrikaanse reg geld, bepaal. Die beperkinge op die aanwending van die volkereg word dan ook deur staatsregtelike beginsels beheer, wat hoofsaaklik afkomstig is van die Engelse reg.

### 5.3.2 Wetgewing

As gevolg van die leerstuk van parlementêre soewereiniteit pas die hof by 'n botsing tussen volkereg en munisipale reg, laasgenoemde toe. Wetgewing geniet altyd voorrang bo 'n gemeenregtelike reël, mits dit duidelik en ondubbelsinnig is. Dit kan dalk 'n aanduiding wees dat die gemene reg (en dus ook die volkereg) nie so belangrik is as wetgewing nie, maar dit is geensins 'n bewys dat die gemene reg (en dus ook die volkereg) nie deel is van die Suid-Afrikaanse regstelsel nie.

Dit word duidelik geïmpliseer reeds in *Ncumata v Matwa and Others*<sup>272</sup> waar die hof dit uitdruklik beklemtoon het dat die toepaslike volkeregtelike gewoonteregreëls nie deur bestaande wetgewing geraak word nie. Dieselfde benadering is gevolg in *Maynard et Alii v The Field Cornet of Pretoria*,<sup>273</sup> *Alexander v Pfau*,<sup>274</sup> *Achterberg v Glinister*,<sup>275</sup> *Parkin v Government of the République Democratique de Congo and Another*.<sup>276</sup>

In die saak *S v Ramotse and Others*<sup>277</sup> is die beskuldigde onregmatiglik gearresteer in Botswana deur die Rhodesiese polisie en later oorgeplaas na Suid-Afrika waar hy aangekla is ingevolge die Wet op Terrorisme, Nr 83 van 1967. Namens hom word geargumenteer dat sy arrestasie en daaropvolgende oorhandiging aan Suid-Afrika 'n verbreking van die volkereg daarstel wat deel vorm van die Suid-Afrikaanse reg en dus die hof ontnem van sy jurisdiksie om hom te verhoor.

Die hof was bereid

'to assume for the purposes of this judgement that the rule of international law that one State may not exercise its police powers in the territory of another State, is part of our law.'

Viljoen R gaan voort:

<sup>272</sup> 1881-2 2 EDC 272 per Barry RP op 279.

<sup>273</sup> 1894 1 SAR 214.

<sup>274</sup> 1902 TS 155 op 164.

<sup>275</sup> 1903 TS 155 op 331-2.

<sup>276</sup> 1971 1 SA 259 WLD op 261.

<sup>277</sup> 'n Ongerapporteerde beslissing van die Transvaalse Provinsiale Afdeling gedateer 14 September 1970. Sien John Dugard *International Law is Part of our Law* a w 13.

'...the fact that accused no one may have been captured illegally by Rhodesian forces in Botswana and illegally handed over to the South African authorities cannot affect the jurisdiction of this court. It may give rise to proceedings between Botswana and the Republic and accused no one may possibly even have a remedy against his captors. But this court is not concerned with that.' <sup>278</sup>

Die hof was nie bereid om 'n volkeregtelike gewoontereg reël toe te pas nie, aangesien dit gebots het met 'n reël van die Suid-Afrikaanse munisipale reg, te wete die reël wat aan die hof jurisdiksie verskaf *in casu*. By nadere ondersoek, blyk dit 'n statutêre reël te wees. <sup>279</sup>

Die *Ramotse*-beslissing is analoog aan 'n Israeliese beslissing, *Eichmann v Attorney-General of the Government of Israel*.<sup>280</sup> In antwoord op die argument dat in gevalle van konflik, volkeregtelike beginsels voorrang moet geniet, beslis die hof:

'...we do not agree with this view. According to the law of Israel ...the relationship between municipal and international law is governed by the following ... (incorporation) only applies where there is no conflict between the provisions of municipal law and a rule of international law. But where such a conflict does exist, it is the duty of the court to give preference to and apply the laws of the local legislature.' <sup>281</sup>

In die *Ndlovu*<sup>282</sup>-beslissing het die hof ook beslis dat alhoewel die ontvoering van die beskuldigde uit die Botswana strydig is met die volkereg, die munisipale hof steeds oor die nodige jurisdiksie beskik as gevolg van die bestaan van die nodig plaaslike wetgewing. In *Nduli*<sup>283</sup> is die houding deur Rumpff HR bevestig. Die hof volg egter 'n restriktiewe benadering en voer aan dat as die handeling deur Suid-Afrika gemagtig was, die hof se jurisdiksie bloot op grond van die volkereg uitgesluit kon gewees het.<sup>284</sup> Die posisie is ietwat anders indien staatsveiligheid betrokke is.

Ter volledigheid is dit nodig om te let op die uitspraak van Rumpff HR:<sup>285</sup>

'The Government has enacted far-reaching legislation to cope with communism and terrorism that threaten the security and territorial integrity of the Republic from within and without its borders; for

<sup>278</sup> *supra*.

<sup>279</sup> Strafbepaling, No. 56 van 1955 Artikel 3; Hooggeregshof No.59 van 1959, Artikel 19; Terrorisme Wet No. 83 van 1967 Artikels 4,5,7 almal saam gelees.

<sup>280</sup> Hooggeregshof van Israel 1962 136 ILR 277. Sien L.C. Green *International Law Through the Cases* 3e uitg 1970 op 239.

<sup>281</sup> Green a w 239-40.

<sup>282</sup> 1976 4 SA 250 N.

<sup>283</sup> *Nduli and Another v Minister of Justice and Others* 1978 1 SA 893 AD.

<sup>284</sup> *supra* 911.

<sup>285</sup> *supra* 912-3.

example, the Suppression of Communism Act, 44 of 1950, and the Terrorism Act, 83 of 1967, both amended by the Internal Security Act, 79 of 1976. That is the very legislation, under which the appellants were arrested, detained and charged. In terms of section 6(1) of Act 83 of 1967 a police officer . . . if he has reason to believe that any person "who happens to be at any place in the Republic" is a terrorist, etc., may arrest and detain him without a warrant for interrogation. According to other provisions of the Act, he may then be tried before a court for any offence he may have committed. In terms of section 6(3) of Act 83 of 1967 a court of law may not pronounce upon the validity of any action taken under section 6 of that Act, or order the release of any detainee, notwithstanding "anything to the contrary in any law contained." In terms of section 12A(2)(a) of Act 44 of 1950, "notwithstanding the provisions of any other law", no person arrested in terms of section 12(a)(1) shall be released "*on bail or otherwise, before sentence has been passed or he has been discharged.*"'

En verder:

'If a neighbouring State should directly or indirectly assist these terrorists, or connive at their misdeeds, and if the Republic, in order to protect itself, should authorise or ratify the arrest on the soil of such neighbouring State of a subject of the Republic who is to be charged with having committed acts against the safety of the State, the question may well arise whether such authorisation or ratification is a breach of international law. To me the position seems to be wholly uncertain . . . It may be arguable that Act 83 of 1967, to which I have referred, endows the appropriate court with jurisdiction to try a person arrested for any offence mentioned therein whether he voluntarily or involuntarily happens to be in the Republic at the time of his arrest, and that Act 44 of 1950 prohibits a person arrested to be released 'on bail or otherwise', and that, in construing these statutes, there is no established rule of international law that affects in any way the jurisdiction or lack of jurisdiction of the municipal courts of the Republic as provided for in these statutes.'

In *R v Mhlongo*<sup>286</sup> het die hof bevind dat waar gevangenisname nie gemagtig is nie, dit volgens die volkereg geen internasionale misdaad daarstel nie.

Strydom R,<sup>287</sup> in die *Binga*-beslissing stel dit as volg:

' . . . we are, in my opinion obliged to give effect to the Government's will as *inter alia* expressed in its legislation, irrespective of what the

<sup>286</sup> 1978 2 SA 551 A.

<sup>287</sup> *Binga v Administrator-General, South West Africa and Others* 1984 3 SA 945 SWA op 967.

position may be as far as the international community is concerned ... This, ... stems from the fact that in South Africa, as in British and other Commonwealth Courts, municipal Courts are obliged, in cases of conflict between municipal law and international law, and for that matter international opinion, to give effect to the former ... Although non-recognition will have consequences on the international plane, this will however not directly influence the internal or domestic situation.'

Dit dui daarop dat ongeag plaaslike wetgewing, die staat steeds verantwoordelik bly in die internasionale sfeer vir alle internasionale deliktuele handelinge.<sup>288</sup>

Die reël word egter getemper deur die vermoede dat die wetgewer nie bedoel om af te wyk van volkeregtelike gewoontereg nie.<sup>289</sup> Die vermoede word reeds in 1894 deur Kotzé HR, toegepas in *Maynard et. Alii v The Field Cornet of Pretoria*.<sup>290</sup> Ter volledigheid sal die betrokke passasie weer aangehaal word:

'And even in the case of doubt, ... the law must be interpreted in such a way as not to conflict with the principles of International Law ...'

Gesag vir die vermoede word ook gevind in *Achterberg v Glinister*.<sup>291</sup> In *Venter v R*<sup>292</sup> stel Innes HR dit as volg:

'I know of no principle of Public International Law which, in the absence of treaty, would permit a state to deport its residents to other countries merely because they were criminals ... For a country by Act of Parliament to deport its own criminals to other countries is a step so unusual, and remarkable that the presumption is against the idea that the legislature intended any such thing.'

Ook die *dictum* van Harcourt R, in *S v Penrose*<sup>293</sup> is hier van belang.

'If ... it had been the legislative intention to include professional or career consuls in the additional class of accredited diplomatic representative it is inconceivable that this should not have been done in express terms particularly when ... international usage is against the extension to them of diplomatic immunity.'

<sup>288</sup> Morgenstern a w 269; J.G. Starke *An Introduction to International Law* 7e uitg 1972 332; Akehurst a w 89.

<sup>289</sup> G.M. Cockram *Interpretations of Statutes* 2e uitg 1983 op 187.

<sup>290</sup> 1894 1 SAR 214 op 223. *Claassens v Wilkens* 1905 ORC 139 op 141.

<sup>291</sup> 1903 TS 326.

<sup>292</sup> 1907 TS 910 op 916-7.

<sup>293</sup> 1966 1 SA 5 N op 11.

Die feit dat die appèlhof<sup>294</sup> in die *Binga*-beslissing die toepassingsveld van die vermoede bespreek, is verdere gesag vir die bestaan van die vermoede in ons reg.

Die beperking word verder getemper deurdat volkereg nie as vreemde reg beskou word nie. Dit wil sê, die hof neem geregtelik kennis van die bestaan van 'n volkeregreël, sonder dat deskundige getuienis daaromtrent aangebied hoef te word.<sup>295</sup>

Daar is reeds verwys na die reël dat verdrae nie deel vorm van die Suid-Afrikaanse reg nie, behalwe as hulle deur middel van die wetgewende proses in ons reg geïnkorporeer raak. Aangesien verdrae, onder andere die Handves van die Verenigde Volke, nie na vore gekom het in die bespreking van die hofbeslissing nie, sal daar ter volledigheid ook aandag geskenk word aan die effek wat wetgewing op die bestaan van verdrae het.

Steyn HR in *Pan-Am Airways v South African Fire and Accident Insurance Co. Ltd*<sup>296</sup> gee die reël as volg weer: Dit is

'trite law ... that in this country the conclusion of a treaty, convention or agreement by the South African Government with any other government is an executive and not a legislative act. As a general rule, the provisions of an international instrument so concluded are not embodied in our municipal law except by legislative process ... In the absence of any enactment giving [the] relevant provisions [of a treaty] the force of law, they cannot affect the rights of the subject.'

Die beslissing is goedkeurend aangehaal in die *Maluleke*-beslissing.<sup>297</sup> Hiemstra HR, gaan egter verder en beslis dat 'n verdrag wel 'n hulpmiddel by die interpretasie van wetgewing gebruik kan word.

In *S v Tuhadeleni*<sup>298</sup> het die hof beslis dat die terme van Suid-Afrika se mandaat oor Suidwes-Afrika nie geïnkorporeer is in die munisipale wetgewing deur 'n parlementêre wet nie en dat die mandaat dus nie deel is van die fundamentele reg van Suidwes-Afrika nie. Dieselfde houding is in *S v Werner*<sup>299</sup> ingeneem waar die hof tot die volgende gevolgtrekking gekom het:

'If an Act of our own Parliament authorises something it cannot, in my opinion, be influenced by a controversial obligation in the Charter of the United Nations.'

Ook die appèlhof<sup>300</sup> het beslis dat die Handves van die Verenigde Volke nie

<sup>294</sup> *Binga v Cabinet for South West Africa and Others* 1988 3 SA 155 A op 185.

<sup>295</sup> *South Atlantic Islands Development Corporation Ltd v Buchan* 1971 1 SA 234 CPD op 238; *Nduli and Another v Minister of Justice and Others* 1978 1 SA 893 AD op 906 B-D.

<sup>296</sup> 1965 3 SA 150 AD op 161.

<sup>297</sup> *Maluleke v Minister of Internal Affairs* 1981 1 SA 707 B op 713.

<sup>298</sup> 1969 1 SA 165 A op 247.

<sup>299</sup> 1980 2 SA 313 W op 328.

<sup>300</sup> *S v Adams*, *S v Werner* 1981 1 SA 187 A op 225; *Binga v Administrator-General, South West Africa and Others* 1984 3 SA 945 SWA; *Binga v Cabinet for South-West Africa and Others* 1988 3 SA 155 A op 180.

as toetssteen gebruik kan word by die interpretasie van 'n proklamasie nie.

Die enigste beslissing waaruit dit blyk asof die volkereg voorrang geniet bo teenstrydige wetgewing is *Leibowitz v Schwartz*<sup>301</sup> waar die Transvaalse hof beslis het dat waar munisipale wetgewing aanleiding sal gee tot substansiële ongeregtigheid dit moet wyk voor 'n volkeregbeginnsel.

### 5.3.3 *Stare Decisis*-Beginnsel

Die *stare decisis*-beginnsel, ook die presedentestelsel genoem, is afkomstig van die Engelse reg. Die volgende faktore het bygedra tot die invoering van die stelsel in Suid-Afrika:

- Die feit dat Suid-Afrikaanse howe as gevolg van die reg van appèl na die Geheime Raad aan die beslissings van die liggaam gebonde was.
- Die feit dat Engelse prosesregreëls en Engelse regspleging heelhuids aan die Kaap oorgeneem is.
- Die feit dat die werke van die ou skrywers oor die Romeins-Hollandse reg nie net dikwels moeilik bekombaar was nie, maar ook moeilik verstaanbaar was vir regspraktisyns wat meestal in Engeland geskool was.

Die *stare decisis*-beginnsel kan ook die toepassing van volkeregtelike gewoontereg deur die munisipale howe beïnvloed. As gevolg van die beginnsel word dit dikwels aangevoer dat die Suid-Afrikaanse howe verouderde volkereg toepas. Die probleem het veral na vore getree met betrekking tot die toepassing van die volkeregreël aangaande soewereine immuniteit.

Gardiner R<sup>302</sup> bevind in die *De Howarth*-beslissing dat die hof

'must have the same regard as the High Court in England to international law ... but it is open to it, on any particular point, to form its own opinion as to what international law and the comity of nations requires.'

Die hof behandel nie die vraag of dit homself gebonde sal beskou aan 'n vorige beslissing rakende die volkereg nie, selfs al sou daardie beslissing nou verouderde volkereg weergee. Die mening van Gardiner R, dat die hof altyd vry behoort te wees om sy eie interpretasie te heg aan wat die volkereg behoef, bots geensins met die idee dat die hof te eniger tyd in staat behoort te wees om 'n vorige opinie aangaande die betekenis van 'n volkeregreël te heroorweeg nie.

Die beslissing is sonder meer nagevolg in 'n hele aantal daaropvolgende beslissings, sonder werklike verwysings na volkeregskrywers of ander bewysregtelike bronne van die volkereg.<sup>303</sup>

<sup>301</sup> *Leibowitz and Others v Schwartz and Others* 1974 2 SA 661 T op 661-2.

<sup>302</sup> *Howarth v The SS-'India'* 1921 CPD 451 op 457.

<sup>303</sup> *Ex parte Sulman* 1942 CPD 407; *Kavouklis v Bulgaris* 1943 NPD 190; *Parkin v Government of the Republique Democratique du Congo and Another* 1971 1 SA 259 WLD.



In die *Leibowitz*-beslissing<sup>304</sup> het die hof volkeregtelike gewoontereg toegepas ongeag die bestaan van judisiële presedent.

Die *stare decisis*-beginsel is egter uitdruklik deur De Kock R toegepas in die *Lendalease*-beslissing.<sup>305</sup>

'the law on the subject of sovereign immunity does not appear to be either clear or well settled . . . Counsel for the applicant has referred to the radical changes that have taken place over the last fifty years in the field of international law on the subject of sovereign immunity. He submitted that, apart from the United Kingdom and the Soviet Union, most legal systems have now abandoned the principle of absolute immunity in relation to commercial transactions . . . Counsel has invited us to hold . . . that according to present-day international law, sovereign immunity is not accorded to State-owned corporations carrying out commercial transactions, even though in pursuance of State policy . . . But, it seems to me that this Court, sitting as a Court of first instance, should adhere to the additional view of granting immunity in respect of property which belongs to a sovereign foreign state, or of which it is in possession or control . . . and in my view we should follow . . . the principle laid down by Gardiner J, in the *SS India* case.'

Op appèl het die hof *obiter* erken dat die leerstuk wel 'n verandering in die volkereg teweeg kon gebring het. Corbett AR<sup>306</sup> bevind:

'Generally, the problem is an interesting and difficult one, but, in, my view, the decision as to whether in this country we should adopt the approach followed in the *Baccus* case *supra*, or that of other authority leading in the direction of a more restricted immunity, must be left for some future occasion . . . when the issue arises more pertinently.'

Tradisioneel het die *stare decisis*-beginsel 'n belangrike rol gespeel in die Suid-Afrikaanse regspraak, maar dit is meer buigsaam aangewend as in Engeland. Die rede hiervoor is dat die *House of Lords* homself tot 1966 (toe die beleid verander is) absoluut gebonde geag aan sy vorige beslissings. Hierin het dit merkbaar verskil van die Suid-Afrikaanse appèlhof wat homself nog nooit aan sy vorige beslissings gebonde geag het as hy oortuig was dat sodanige beslissings foutief was nie. Een van die belangrikste redes vir die verskil in benadering is die feit dat Suid-Afrikaanse howe nie soveel op vorige beslissings hoef te steun

<sup>304</sup> *Leibowitz and Others v Schwartz and Others* 1974 2 SA 661 T op 661-2.

<sup>305</sup> *Lendalease Finance Co (Pty) Ltd v Corporacion de Mercadeo Agricola and Others* 1975 4 SA 397 op 402-4.

<sup>306</sup> *Lendalease Finance Co (Pty) Ltd v Corporacion de Mercadeo Agricola* 1976 4 SA 464 AD, Dieselfde houding is aangeneem deur Goldstone AR, in die *Prentice*-beslissing 1978 3 SA 938 T. Die hof verwys glad nie na die *Trendtex*-beslissing 1977 2 WIR 356 C nie.

nie, daar ons howe uit die rykdom van regsnorme deur die Romeins-Hollandse skrywers daargestel, kan put.

Die buigzaamheid het daartoe aanleiding gegee dat 'n skrywer<sup>307</sup> homself genoodsaak gevoel het

'to voice his doubts as to whether South African courts would follow a binding precedent in defiance of a rule of international law.'

Die element van judisiële aanpasbaarheid wat grootliks daartoe aanleiding gegee het dat die howe tred kon gehou het met moderne neiging en nie op die wetgewer of appèlhof hoef te gewag het nie, is veral belangrik ten opsigte van die volkereg, aangesien die volkereg vinnig en gedurig verandering ondergaan en aangesien die meeste volkeregnorme deel geword het van die Suid-Afrikaanse regstelsel deur die toepassing daarvan deur die howe, eerder as deur wetgewing.

Suid-Afrikaanse howe<sup>308</sup> volg tradisioneel Engelse beslissings na waar dit handel oor volkeregonderwerpe, alhoewel dit nie verpligtend is.

Die buigsame benadering tot die *stare decisis*-beginsel sowel as die navolging van Engelse hofbeslissings het aanleiding gegee tot 'n nuwe benadering ten opsigte van die beginsel van absolute soewereiniteit.

In die *Inter-Science*-beslissing<sup>309</sup> haal Margo R vrylik vir Lord Denning aan:

'Under the doctrine of incorporation, when the rules of international law change our English law changes with them. But, under the doctrine of transformation, the English law does not change. It is bound by precedent. It cannot develop as international law develops. As between these two schools of thought, I now believe that the doctrine of incorporation is correct. Otherwise I do not see that our Courts could ever recognise a change in the rules of international law. It is certain that international law does change ... and the courts have applied the changes without the aid of any Act of Parliament ... it follows ... that a decision of this Court — as to what was the ruling of international law fifty or sixty years ago — is not binding on this court today. International law knows no rule of *stare decisis*.'

Margo R,<sup>310</sup> erken die bestaan van dieselfde probleem:

'In my view it must be accepted, that the rule of international law on sovereign immunity which prevails today is that reflected in the

<sup>307</sup> Sanders A.J.G.M. *The Applicability of Customary International Law in South Africa* — *The Appeal Court has spoken* a w 413-4.

<sup>308</sup> *Lendlease Finance Co (Pty) Ltd v Corporacion de Mercadeo Agricola and Others* 1975 4 SA 397 C; 1976 4 SA 464 AD.

<sup>309</sup> *Inter-Science Research and Development Services (Pty) Ltd v Republica Popular de Moçambique* 1980 2 SA 111 T op 121-2; Lord Denning in *Trendtex*-beslissing *Trendtex Trading Corporation v Central Bank of Nigeria* 1977 2 WIR 356 CA.

<sup>310</sup> *Inter-Science Research and Development Services (Pty) Ltd v Republica Popular de Moçambique* 1980 2 SA 111 T op 124-5.

restrictive doctrine . . . The legal question which now arises is whether we are free to apply the restrictive doctrine in the present case. We are not bound by any of the earlier South African decisions on the point, although we ought to follow them unless there are convincing reasons for not doing so. International law is part of the law of South Africa, save in so far as it conflicts with South African legislation or common law. One Court, will take judicial cognisance of international law . . . There is no South African statute or principle of South African law which is in conflict with the restrictive doctrine . . . Were the matter *res nova*, there would be no difficulty in applying the restrictive doctrine. The only remaining question is whether or not, on the principle of *stare decisis*, we should follow the earlier South African decision. Lord Denning's view in the *Trendtex* case at 554 is that international law knows no rule of *stare decisis*, but it does not appear to me to be necessary in the present case to adopt that proposition. In South Africa the earlier cases are all founded in the English decisions which laid down and reaffirmed the absolute doctrine of sovereign immunity . . . However, the rule stated in the earlier English decisions no longer represents the rule of international law and the *ratio* of the earlier South African cases is therefore no longer applicable. To apply the restrictive doctrine would therefore not involve any criticism of a dissent from the earlier South African decision.'

Eksteen R<sup>311</sup> haal Lord Denning in die *Trendtex*-beslissing,<sup>312</sup> sowel as Margo R in die *Inter-Science*-beslissing<sup>313</sup> aan, en kom tot die gevolgtrekking in die *Kaffraria Property*-beslissing dat alhoewel die restriktiewe beginsel van soewereine immunititeit strydig kan wees met die *ratio decidendi* in die *De Howarth*-beslissing,<sup>314</sup> dit toegepas moet word deur die hedendaagse howe:

'When that case was decided, Gardiner J was merely stating and applying the rules of international law as their existed at the time — as, in fact, we are bound to do today. Customary international law, depending as it does on 'universal' recognition by civilised States is bound to and does change from time to time as a result of changing circumstances, international agreements or treaties or even by virtue of the force of public opinion, and when it does so change, as it has done on the principle of sovereign immunity, it is the duty of our courts to ascertain the nature and extent of such a change and to apply it in appropriate circumstances. Lord Denning has

<sup>311</sup> *Kaffraria Property Co (Pty) Ltd v Government of the Republic of Zambia* 1980 2 SA 709 E op 715.

<sup>312</sup> 1977 2 WIR 356 CA.

<sup>313</sup> 1980 2 SA 111 T.

<sup>314</sup> 1921 CPD 451.

expressed this principle in the *Trendtex*-case by his *dictum* that international law knows no rule of *stare decisis* and Shaw LJ ... in my view, persuasively elaborates on the same principle. I therefore see no congruity in declining today to apply the principles enunciated in [*De Howarth's*] case, without in any way reflecting on the correction of that decision.'

Sy benadering is in noue ooreenstemming met die van Lord Shaw, wat aanvoer dat waar dit die werking van die *stare decisis*-beginsel is

'to preclude a court from overriding a decision which binds it in regard to a particular rule of international law, it does not prevent a court from applying a rule which did not exist when the earlier decision was made if the new rule has had the effect in international law of extinguishing the old rule.'<sup>315</sup>

Die presedente leerstuk sal nie die uitskakeling van 'n volkeregreël bloot omdat dit volkereg is, bewerkstellig nie. Volgens Schaffer behoort dit slegs as 'n interpretasie-reël beskou te word. 'n Hoër hof kan in ieder geval sake regstel waar 'n laer hof hom gebonde beskou het aan 'n verouderde volkeregreël.

In ooreenstemming met beide die *Nduli*- en *Inter-Science*-beslissings behoort die leerstuk geen effek op die toepassing van die volkereg deur die hof te hê nie, aangesien die volkereg, en dus ook nuwe volkeregreëls, deel is van die Suid-Afrikaanse reg.

Die huidige posisie soos deur die hof neergelê met betrekking tot soewereine immunititeit is goedkeurend aanvaar deur die wetgewer in artikel 4 van Wet 87 van 1981.<sup>316</sup>

### 5.3.4 Staatshandelinge (*Acts of State*)

Gemeenregtelik strek die omvang van die hof se jurisdiksie oor bykans alle optredes van die uitvoerende gesag, alhoewel dit beperk kan word deur die parlement. Die gevalle waar die regsprekende gesag hom sal weerhou om 'n oordeel uit te spreek of 'n beslissing te waag, bring ons by die werklike uitsonderings op die reël dat volkeregtelike gewoontereg deel is van die reg van die land.

Die gevalle vind uitdrukking in die sogenaamde 'acts of state' en die uitvoerende sertifikaat. Beide die uitsonderings is afkomstig van die feit dat Suid-Afrikaanse hofe erken dat die voer van buitelandse betrekkinge aan die uitvoerende gesag van die regering oorgelaat moet word, aangesien dit ongewens is vir 'n staat om met 'two voices' te praat.

Meningsverskille bestaan oor die mate waartoe die Engelse konsep met betrekking tot prerogatiwe in Suid-Afrika bestaan en hoeveel daarvan deur Romeins-Hollandse beginsels gereguleer word. Dit is duidelik dat in die geheel

<sup>315</sup> *Kaffaria Property Co (Pty) Ltd v Government of the Republic of Zambia* 1977 2 WLR 356 CA op 388.

<sup>316</sup> Wet op Diplomatieke Immunitete en Voorregte.

opgemerk moet word dat gemeenregtelik ons huidige staatsreg van Engelse oorsprong is.<sup>317</sup> Dit is dan veral ook die rede waarom die Engelse staatsreg met betrekking tot staatshandeling vroeër bespreek is. Dit is dus vanselfsprekend dat ons houe ag sal slaan op die wyse waarop die Engelse houe die leerstuk toepas.

In die Engelse staatsreg word die hoë uitvoerende handeling wat die Kroon in sy verhouding met die buiteland en vreemde state verrig gewoonlik staats-handelinge, dit wil sê 'acts of state' genoem. Die bevoegdhede is prerogatiwe en magtig sulke handelinge soos anneksasie, sessie van grondgebied, erkenning van vreemde state en regerings. Alle prerogatiwe is egter nie 'acts of state' nie. Laasgenoemde term is gereserveer vir uitvoerende handelinge wat effek in eksterne betrekkinge het, of uitgevoer word met betrekking tot persone wat nie ten volle binne die beskerming van die regering val nie.

Uit die Engelse reg blyk dit dat die houe nie 'acts of state' sal hersien nie; dit wil sê, handelinge uitgevoer deur die uitvoerende gesag in die uitvoering van sy prerogatief met betrekking tot buitelandse verhoudinge,<sup>318</sup> dat die houe nie handelinge van die uitvoerende, wetgewende of regsprekende gesag van erkende vreemde entiteite sal hersien nie,<sup>319</sup> en dat die houe sal weier om kennis te neem van nie-erkende vreemde entiteite,<sup>320</sup> hulle verteenwoordigers en amptelike handelinge.

Gesag vir die stelling dat die Suid-Afrikaanse houe nie die regsgeldigheid van amptelike handelinge uitgevoer deur erkende vreemde entiteite sal bevraagteken nie, word gevind in *Haak and Others v Minister of External Affairs*.<sup>321</sup>

Voorbeelde van gevalle waar die houe geweier het om kennis te neem van nie-erkende entiteite kom ook in ons regspraak voor. In die *Van Deventer*-beslissing<sup>322</sup> het die hof nie-erkenning aan die kant van die uitvoerende gesag as een van die redes aangevoer vir die nie-erkenning van wetgewing uitgevaardig deur die Suid-Afrikaanse Republiek na die anneksasieproklamasie. Die hof was egter wel bereid om uitvoering te gee aan die handelinge van die Boeremagte wat as rebelle erken is.

In Suid-Afrika het die uitvoerende gesag geen magte behalwe wat deur die reg verleen is nie. Die magte kan of deur die gemene reg of deur 'n statuut aan die uitvoerende gesag verleen word. Indien die bepaalde mag van die gemene reg afkomstig is, word dit 'n prerogatief van die Staatspresident genoem.

<sup>317</sup> M. Wiechers *Verloren van Themaat Staatsreg* 3e uitg 1981 59; C.E. Hoexter *Inherent executive power: prerogative or nuisance publique?* 1985 *THRHR* 152-163.

<sup>318</sup> *Buron v Denman* 1848 2 Ex 167; *West Rand Central Gold Mining Co v The King* 1905 2 KB 391; *Luther v Sagor* 1921 1 KB 456; *Duff Development Co Ltd v Kelantan Government* 1924 AC 797; *The King v Bottrill, ex parte Küchenmeister* 1947 KB 41.

<sup>319</sup> *Luther v Sagor* 1921 1 KB 456; *Princess Paley Olga v Weiss* 1929 1 KB 718 CA, soos geïnterpreteer deur *Herbert Wagg and Co Ltd* 1956 Ch 323; *Johnstone v Pedlar* 1921 AC 262 op 290; *Re Amond* 1942 1 All ER 236 op 243, 249, 251.

<sup>320</sup> *Luther v Sagor* 1921 1 KB 456.

<sup>321</sup> 1942 AD 318 op 326.

<sup>322</sup> *Van Deventer v Hancke and Mossop* 1903 TS 401; *Lemkuhl v Kock* 1903 TS 451.

Die prerogatief is al gedefinieer as

‘the residue of discretionary or arbitrary authority, which at any given time is legally left in hands of the Crown.’<sup>323</sup>

Die grense van die Staatspresident se prerogatiwe magte word streng deur die reg bepaal. As ’n algemene reël kan gesê word dat die prerogatief nie die mag insluit om bestaande reg te verander sonder die medewete van parlement, of om ’n onderdaan in sy eiendom of persoon nadelig te affekteer nie.

Ingevolge die ‘act of state’ leerstuk kan die houe nie die optredes van die uitvoerende gesag teen vreemdelinge buite die staat bevraagteken nie, alhoewel sulke handeling ’n duidelike verbreking van die volkereg tot gevolg kan hê.

So is daar dus in *Van Deventer v Hancke and Mossop*<sup>324</sup> beslis dat die geldigheid van ’n uitvoerende handeling, te wete anneksasie, nie bevraagteken kan word met verwysing na die volkeregtelike gewoontereg nie:

‘It is no doubt correct as a general rule of international law that two circumstances are necessary to create a complete title by conquest: the conqueror must express in some clear manner his intention of adding the territory in question to his dominions, and he must by the exercise of military force demonstrate his power to hold it as part of his own possessions. It is also true that in March 1901 [which was six months after the Annexation Proclamation by which the South African Republic was declared to form part of the British dominions], large portions of the Transvaal . . . were neither occupied nor dominated by British troops, but on the contrary were under the *de facto* control of the Boer forces. And if this were a foreign Court engaged in trying a cause in regard to which the question of when the conquest of the Transvaal was complete became relevant to the inquiry, it is possible that points of considerable intricacy and difficulty would present themselves. But those considerations are not present here. This is a Court constituted by die British Crown, exercising powers and discharging functions derived from the Crown. In its dealings with other States the Crown acts for the whole nation, and such dealings, cannot be questioned or set aside by its Courts. They are acts of State into the validity or invalidity, the wisdom or unwisdom, of which domestic Courts of law have no jurisdiction to inquire.’

<sup>323</sup> A.V. Dicey *Law of the Constitution* 10e uitg 434.

<sup>324</sup> 1903 TS 401 per Innes HR op 409-410; *Postmaster-General v Taute* 1905 TS 582; *Shingler v Union Government (Minister of Mines)* 1925 AD 556 per Innes HR op 586:

‘Because annexation is an act of state, . . . neither the act itself nor its legal consequences can be called in question in the courts . . .



Met betrekking tot die voer van oorlog, beslis Maasdorp RP in *ex parte Belli*<sup>325</sup> die volgende:

'The "necessities of war" is a matter that this court cannot deal with. It is a matter really within the knowledge and affects the discretion of the Government.'

Die *ratio decidendi* vir die beslissing in *End Conscription Campaign v Minister of Defence*<sup>326</sup> ten opsigte van die bestaan al dan nie van oorlog, kom duidelik na vore in die volgende aanhaling. Selikowitz R stel dit as volg:<sup>327</sup>

'...To hold that the automatic inevitable consequence of a declaration of war is to oust the jurisdiction of the Courts to consider the propriety of the actions of the military authorities is to abrogate the function of the Courts to and in favour of the Executive. The decision as to whether war actually prevails is a decision for the Court and should be made by the Court only after a consideration of the facts presented by all parties to the actions. It may well be so in practice, where the Republic has made a declaration of war, our Courts will — in most, if not all, such cases — find that war actually prevails in the Republic. Such a finding should, however, always be a decision made by the Court and not simply the automatic result of executive or legislative action.'

Die appèlhof bevestig dan ook uitdruklik in *Verein für Schutzgebietsanleihen EV v Conradie NO*<sup>328</sup> dat 'acts of state' nie beregbaar is deur die hof nie.

'In those cases where the identity of a State or territory disappears as the result of its absorption in a larger unit, the question whether the State which acquires title by cession or by annexation becomes liable for the obligations of the ceded or annexed territory as its successor is a question as to liabilities resulting from a Treaty or from an Act of State which are not enforceable against the State so acquiring title by proceedings in its own Municipal Courts.'<sup>329</sup>

Die tipe staatshandelinge kan verskillende vorme aanneem. Die bekendste voorbeelde is: die sluit en uitvoer van verdrae; die erkenning van 'n vreemde staat, 'n vreemde regering of die diplomatieke status van 'n persoon; die sertifisering van gevalle rakende buitelandse betrekkinge; die verklaring en opheffing van oorlog en die verkryging of abandonering van grondgebied.

Soos vroeër genoem, is 'acts of state' nie beregbaar deur die hof nie. Dit kan die onderwerp vorm van politieke aksies in die parlement, of waar dit oor

---

<sup>325</sup> 1914 CPD 742 op 747.

<sup>326</sup> 1989 2 SA 180 C.

<sup>327</sup> 199 E-G.

<sup>328</sup> 1937 AD 113.

<sup>329</sup> *supra* 146-7.

vreemde state of hulle burgers handel kan dit aanleiding gee tot diplomatieke protes of enige ander beskikbare internasionale judisiële proses.

Die howe se hande is egter nie heeltemal afgekap nie. Die howe het steeds jurisdiksie om vas te stel of 'n 'act of State' soos aangevoer deur die uitvoerende gesag, inderdaad 'n 'act of state' is. In *Sachs v Dōnges NO* <sup>330</sup> het Schreiner AR beslis dat

'each purported exercise of a prerogative power must be considered, when a case arises, on its own merits to see whether the power exists and whether the exercise is within the power.'

Die uitvoerende gesag kan nie op die leerstuk staatmaak waar daar inbreuk gemaak word op bestaande regte van burgers en vreemdelinge wat afdwingbaar is in die munisipale howe nie. Watermeyer HR stel dit as volg:

'the Crown cannot by such executive action infringe the legal rights of subjects with impunity.' <sup>331</sup>

Alhoewel al vyf appèlregters saamgestem het dat die herroeping van 'n paspoort 'n uitvoerende handeling is, het hulle verskil ten opsigte van die juridiese aard van die saak. Die meerderheid het wel beslis dat die herroeping van 'n paspoort nie 'n 'act of state' is nie, <sup>332</sup> dog om verskillende redes.

Die hof stel dit duidelik dat die verweer nie deur 'n burger geopper kan word nie

'because between His Majesty and one of his subjects there can be no such thing as an act of State.' <sup>333</sup>

Centlivres AR, <sup>334</sup> wat deel vorm van die minderheidsuitspraak, som die posisie as volg op:

'The judiciary cannot usurp the functions of the executive and, having regard to foreign relations, it is essentially a function of the executive to decide whether a passport should or should not be cancelled.'

Met betrekking tot die gesag waarop gesteun kan word, kom hy tot die gevolgtrekking dat

'In discussing the question ... I shall not refer to any Roman-Dutch authorities for it is clear from the remarks of Innes CJ, in ... that the Royal Prerogative is as extensive in the Union as in England,

---

<sup>330</sup> 1950 2 SA A op 307.

<sup>331</sup> *supra* 276.

<sup>332</sup> *Sachs v Dōnges NO* 1950 2 SA 265 A per Watermeyer HR op 287.

<sup>333</sup> *Supra* 307, waar die appèlhof volledig die *Walker-Baird*-beslissing, *Walker v Baird* 1892 AC 491 op 494, aanhaal.

<sup>334</sup> *supra* 301.

except in so far as it has in either country been duly modified or abandoned. Consequently in enquiring into the scope of the Royal Prerogative one must have regard to English and not Roman-Dutch authorities.<sup>335</sup>

Die verhouding tussen die regsprekende gesag en uitvoerende gesag word as volg deur Van den Heever AR uitgedruk:

'I do not question the soundness of the doctrine that it is always for the Courts to decide whether an act which is alleged to be an exercise of the prerogative is indeed so covered; it is for the Courts, therefore, to define the limits of prerogative powers and the legality of acts alleged to be within the ambit of the prerogative. Once it is established, however, that an act is the exercise of discretionary executive power not regulated by statute *cadit quaestio*, and the Courts cannot substitute their own discretion for that of the executive as to the wisdom, expedience or equity of the measure taken, the subject's redress, if any, is political, not judicial.'<sup>336</sup>

Die herroeping van 'n paspoort was ook die onderwerp van die ongerapporteerde beslissing *Boesak v Minister of Home Affairs and Another*.<sup>337</sup> Dr Boesak het in sy aansoek onder andere aangevoer dat die beslissing van die betrokke Minister *ultra vires* was, aangesien die korrekte prosedure soos neergelê in die wet nie nagekom is nie of alternatiewelik dat die norme van natuurlike geregtigheid nie nagekom is nie.

Die uitreiking, weiering en terugtrekking van paspoorte val onder die kategorie van uitvoerende bevoegdhede, ook genoem prerogatiewe, dit is, diskresionêre magte wat die staatshoof vanaf die gemene reg en nie wetgewing verkry.<sup>338</sup> Die belangrike vraag of die gewone standarde van regterlike hersiening ten opsigte van administratiewe diskresies ook van toepassing is op sulke diskresies soos die uitoefening van prerogatiewe magte is nie duidelik beslis nie. Friedman R gee die tradisionele beskouing weer:<sup>339</sup>

'...the courts will enquire into questions such as whether the prerogative power exists, whether the person purporting to exercise the prerogative power has the legal right to do so, what is the extent of the power and whether it has been exercised in the appropriate form.'

Dit kom daarop neer dat die uitvoering van prerogatiewe magte onderhewig is aan die *ultra vires*-reël, maar nie getoets kan word aan die hand van beginsels van natuurlike geregtigheid nie. Friedman R verwys ook na *Council of*

<sup>335</sup>supra 288.

<sup>336</sup>supra 311.

<sup>337</sup>KPA 19 Desember 1985 Saak 11868/1985.

<sup>338</sup>*Sachs v Dönges NO* 1950 2 SA 265 op 275, 300.

<sup>339</sup>supra 31.

*Civil Service Unions and Others v Minister for the Civil Service*<sup>340</sup> as gesag vir die voorstel dat 'n wyer basis vir regterlike hersiening by die uitoefening van prerogatiewe magte toegepas behoort te word sodat dit natuurlike geregtigheidsoorwegings sal insluit.

### 5.3.5 Uitvoerende Sertifisering

Uitvoerende sertifisering rakende sake uitsluitlik binne die uitvoerende gesag se domein, naamlik die voer van buitelandse verhoudings, stel 'n spesifieke tipe 'act of state' daar.

In *S v Devoy*<sup>341</sup> het die hof homself gebonde geag aan 'n uitvoerende sertifikaat rakende die erkenning van Nyassaland. Die hof het homself magteloos gevoel om navraag oor die feite posisie te doen daar

'recognition (is) a function of the executive branch of government; it is a political act entailing legal consequences. Once that recognition has been granted by the executive ... it is not for the judicial branch to consider whether that recognition was competent.'<sup>342</sup>

Die appèlhof<sup>343</sup> volg dieselfde benadering:

'We were not referred to, nor have I been able to find, any South African authority concerning the conclusiveness or otherwise of such a certificate. It would ... appear to be generally accepted that, in matters of this kind,<sup>344</sup> the courts take a certificate of this nature at its face value.'

Dit blyk egter asof die appèlhof die sertifikaat as 'n refleksie van die Regering van Suid-Afrika se houding ten opsigte van die ooreenkoms beskou en nie as beslissend ten opsigte van die regspraak of die verdrag nog geldig is of nie.<sup>345</sup> Ten opsigte van die vraag kom die hof tot sy eie beslissing.<sup>346</sup> Dit is in ooreenstemming met die benadering wat in *S v Bul*<sup>347</sup> gevolg is.

In bogenoemde gevalle is die betrokke sertifikaat deur die Minister van Justisie uitgereik en voorgelê aan die hof. Die appèlhof in die *Devoy*-beslissing verwys spesifiek na Engelsregtelike gesag ten opsigte van die aard van so 'n sertifikaat. Ten opsigte van die prosedure wat gevolg word, verwys Thompson HR weer eens na die Engelse reg:

---

<sup>340</sup> 1984 3 All ER 935 HL.

<sup>341</sup> 1971 1 SA 359 N, 1971 3 SA 894 AD.

<sup>342</sup> *S v Devoy* 1971 1 SA 359 N op 362.

<sup>343</sup> *S v Devoy* 1971 3 SA 899 AD op 906.

<sup>344</sup> Eerste uitleweringsake.

<sup>345</sup> *S v Devoy* 1971 3 SA 899 AD op 908.

<sup>346</sup> D.J. Devine *Qualifications on the Incorporation of International Customary Law into South African Municipal Law* 1973 *Natal University Law Review* 61 vn 20.

<sup>347</sup> 1967 2 SA 636 T.

'For that purpose, the English Courts, in any case of uncertainty, seek information from a Secretary of State ...'<sup>348</sup>

In *S v Oosthuizen*<sup>349</sup> verwys die hof na die *Devoy*-beslissings en beslis:

'Op die basis van die inligting in hierdie twee sertifikate het die hof *a quo* en die appèlhof besluit dat beide Suid-Afrika en Malawi bedoel het dat die betrokke ooreenkoms moet voortbestaan, en dat dit dus voortbestaan het. In hierdie huidige saak is daar geen inligting hoegenaamd met betrekking tot of Suid-Afrika of Rhodesië se bedoelings in verband met die voortbestaan of andersins van die ooreenkoms nie ...'

Ondanks die feit dat daar geen getuienis, uitdruklik of stilswyend deur die staat aangebied is oor die vraag of die Regering van Suid-Afrika, die 'nuwe' Rhodesië erken nie, het die hof ook nie 'n versoek tot die betrokke departement gerig om die onsekerheid op te klaar nie. Die hof neem geregtelik kennis van die feit dat Suid-Afrika die 'nuwe' Rhodesië nie formeel erken het. Dit is ook interessant om daarop te let dat in geval van Malawi die betrokke Minister nie gehuiwer het om die hof van die nodige sertifikaat te voorsien om die Regering se bedoeling en houding op te klaar nie. Hieruit blyk dit dat die uitvoerende gesag in politieke kontensieuse gevalle nie die hof behulpsaam sal wees nie en van die regsprekende gesag sal verwag om op eie stoom uitsluitel te gee oor sulke probleemgevalle. Dit wil dus voorkom asof daar geen plig op die howe rus om navraag by die uitvoerende gesag te doen nie. Die mening word gestaaf in die *Parkin*-beslissing<sup>350</sup> waar die hof bevind — sonder die hulp van 'n uitvoerende sertifikaat — dat, alhoewel daar geen diplomatieke bande tussen die Suid-Afrikaanse en Kongolese regerings bestaan nie, dat die

'respondent is the Government of a foreign State recognized as such by the South African Government.'

In die *Inter-Science*-beslissing<sup>351</sup> was een van die vrae wat die hof moes beantwoord of die Republiek van Suid-Afrika Mosambiek as 'n onafhanklike staat erken. Deur te verwys na verskeie Engelse beslissings, bevind die hof dat dit in Engeland aanvaar word dat die erkenningsvraagstuk geheel en al in die domein van die uitvoerende gesag val. Die hof bevind verder:

'In South Africa, where recognition of a foreign State, or of a government as the government of a foreign State, or of the status of

<sup>348</sup> *S v Devoy* 1971 3 SA 899 AD op 906.

<sup>349</sup> 1977 1 SA 823 N op 825.

<sup>350</sup> *Parkin v Government of the Republique Democratique de Congo and Another* 1971 1 SA 259 WLD.

<sup>351</sup> *Inter-Science Research and Development Services (Pty) Ltd v Republica Popular de Moçambique* 1980 2 SA 111 T op 116.

diplomatic representatives of a foreign State, are also matters exclusively within the prerogative of the executive government, the same principles and procedure ought to apply ... it has always been accepted that foreign relations are essentially embraced within the executive's prerogative powers. See *Sachs v Dönges* NO 1950 2 SA 265 A ...

As to the decisive character of a certificate from the executive, when such is provided, there appears to me to be no logical laws for differing from the rule settled in the House of Lord decisions above ... The issue of a certificate from the Minister concerned was held in the *Devoy* case supra at 907 A to be an appropriate method of informing the Court of the Government's attitude in a matter peculiarly within its own knowledge.

It is unnecessary to decide whether a certificate is the only method by which the attitude of the executive on recognition is to be determined. Where recognition is a matter of judicial cognizance, no certificate or other advice would be required ... However, as was said in the *Duff Development Co* case supra loc cit, if there is any doubt on the matter the practice is for the court to receive information from the appropriate Government Department. In the present case following what was said in the *Arantzazu Mendi* case supra loc cit, the Registrar of this Court was directed to refer to the Department of Foreign Affairs and to require that Department to provide a certificate as to whether or not the RPM Government is recognised by the Republic of South Africa. Such a certificate was provided ...

That certificate is conclusive on the matter of recognition.' <sup>352</sup>

In die *Binga*-beslissing<sup>353</sup> het die kwessie oor die nodigheid al dan nie van 'n uitvoerende sertifikaat weer na vore gekom. Die hof som die situasie as volg op:

'Sitting as a municipal Court and having come to the conclusion, namely that the Government of South Africa has internal sovereignty over the territory, it does in my opinion, not take the matter any further to know whether the South African Government itself regards the mandate as still valid and in existence or not. A certificate by the Government could of course have eased the Court's task in that it would have been a complete answer to the one or the other of Mr Farlam's arguments ...'

Alhoewel die hof gewoonlik die sertifikate as bindend en afdoende beskou, bestaan daar wel uitsonderings op die reël. Aangesien dit uit die weinige Suid-

<sup>352</sup> supra 117-8.

<sup>353</sup> *Binga v Administrator-General South West Africa and Others* 1984 3 SA 945 SWA op 969.



Afrikaanse regspraak blyk dat die howe die Engelse reg navolg in die verband, sal daar kortliks verwys word na die uitsonderings wat in die Engelse regspraak na vore getree het.

Eerstens sal die howe sulke sertifikate slegs as finaal en afdoende beskou in gevalle waar konflik tussen die howe en uitvoerende gesag ongewens sal wees.<sup>354</sup> Tweedens hoef die howe nie 'n sertifikaat as afdoende te aanvaar as dit nie die bedoeling van die sertifikaat is nie of as dit dubbelsinnig is.<sup>355</sup> In sulke gevalle kan die inligting aangevul word uit ander bronne. Derdens behoort die uitvoerende sertifikaat homself te beperk tot 'n feiteverklaring en behoort dit nie regsbeslissings te weerspieël nie.<sup>356</sup> Situasies kan egter ontstaan waar dit vir die uitvoerende gesag se buitelandse beleid noodsaaklik is dat 'n spesifieke regsstandpunt ingeneem word en sal die hof in sulke gevalle homself gebonde beskou daaraan.

Nie een van die Suid-Afrikaanse beslissings gee 'n aanduiding ten opsigte van watter onderwerpe die howe 'n uitvoerende sertifikaat sal aanvaar nie.

Aangesien die howe in dié opsig die Engelse reg navolg, wil aan die hand gedoen word dat die Suid-Afrikaanse howe ten minste uitvoerende sertifikate sal aanvaar aangaande onderwerpe wat reeds in die Engelse reg uitgekristalliseer het.<sup>357</sup>

Volgens Professor Booysen<sup>358</sup> is die enigste funksie van die Suid-Afrikaanse howe wat betref staatshandeling om vas te stel of so 'n handeling verrig is om dit dan as geldig te aanvaar. Die hof het geen jurisdiksie om die bestaan of geldigheid van sulke handeling aan enige ander juridiese faktore, omstandighede of beginsels te toets nie en kom tot die gevolgtrekking dat die toepassing van die volkereg effektief uitgesluit word deur die staatsregtelike reëls wat die prerogatiwe magte aan die uitvoerende gesag verleen en wat bepaal dat die uitvoerende gesag binne die omvang van hierdie magte 'n absolute, onbelemmerde en ongekontroleerde diskresie het.

Sanders handhaaf 'n ander mening ten opsigte van die 'acts of state'-leerstuk. Volgens hom word die indruk soms geskep dat die howe meer 'executive-minded' is as die uitvoerende gesag. Alhoewel die Suid-Afrikaanse reg nog poog om 'n bevredigde oplossing te vind rakende die verhouding tussen die howe en die uitvoerende gesag, blyk dit uit die regspraak wat handel oor uitvoerende sertifisering dat daar nie net gelet behoort te word op die wense van die uitvoerende gesag nie, maar dat die howe die reg van die land, veral waar die regte van individue geraak word, moet handhaaf.

Laastens voer hy aan dat slegs

<sup>354</sup> *Kawasaki Kisen Kaisha Ltd v Nippon Yusen Kaisha Ltd* 1952 AC 182; *Luigi Montalto v Genoa v Cechofracht Co Ltd* 1956 2 QB 502; *In re Al-Fin Corporation's Patent* 1970 Ch 160.

<sup>355</sup> *Sultan of Johore v Abubakar Tunku Aris Bendahara* 1952 AC 318; *Carl Zeiss Stiftung v Rayner and Keeler Ltd* 2 1967 1 AC 853 op 956-8.

<sup>356</sup> Sir Francis Vallat *International Law and the Practitioner* 1966 op 59.

<sup>357</sup> L. Oppenheim *International Law — A Treatise* 1 — Peace 8e uitg 1955 765-6.

<sup>358</sup> H. Booysen *Volkereg* a w 311.

'matters vital to the conduct of foreign affairs, arising in whatever context, should be non-justiciable; the decision whether a matter falls into this category, should rest with the courts acting in consultation with the executive.'

Ten slotte moet daarop gewys word dat wetgewing ook hier 'n rol speel. So bepaal die Wet op Diplomatieke Voorregte<sup>359</sup> dat 'n sertifikaat wat uitgereik word deur die Sekretaris van Buitelandse Sake, afdoende is ten opsigte van die diplomatieke status van 'n persoon of saak. Die Wet maak egter nie voorsiening vir diplomatieke immuniteit ingevolge die gemene reg nie en die hof sal dus steeds moet besluit of so 'n sertifikaat absoluut bindend is of nie.

---

<sup>359</sup>Wet 71 van 1951, artikel 4(4). Sien ook artikel 17 van Wet op Immunititeit van Vreemde State; Wet 87 van 1981, waar die wetgewer bepaal dat so 'n sertifikaat absoluut bindend is. Die betrokke artikel bepaal egter nie dat die aanvraag van so 'n sertifikaat verpligtend is nie.

## Hoofstuk 6

# Samevatting

### 6.1 Die volkereg is deel van die reg van die land

Die aanhaling van Rumpff HR<sup>1</sup> in die *Nduli*-beslissing sal nou geëvalueer word.

Die aanhaling begin met die stelling dat dit vanselfsprekend is dat die volkereg deel van ons reg is. Die posisie was nie altyd so klinkklaar nie. Alhoewel die Suid-Afrikaanse howe reeds sedert 1879 volkeregtelike beginsels oorweeg en toepas, word die *Buchan*-beslissing<sup>2</sup> van 1971 as die eerste beslissing beskou waar die hof hom uitdruklik uitgespreek het oor die aangeleentheid. Die hof het egter in 1940 alreeds 'n soortgelyke afleiding gemaak waar Selke R<sup>3</sup> die volgende gesê het:

'I see no reason to suppose that these principles of international law are ... principles of general application throughout the civilised world ... and, in my opinion, they are principles which are recognised by the law of this country.'

Volgens Professor Booysen<sup>4</sup> is die bestaan of geldigheid van die Suid-Afrikaanse reg nie afleibaar van die volkereg nie. Die howe verwys na gemeenregtelike skrywers as hulle volkeregreëls wil toepas aangesien die meeste Romeins-Hollandse skrywers ook volkeregskrywers was.

Alhoewel Van Bynkershoek, Grotius en Huber grondleggers van die volkereg was, is hulle nie meer van belang vir Suid-Afrika nie, aangesien die volkeregbronne as verouderd gesien kan word. Volgens hom was die volkereg nooit deel van die Romeins-Hollandse reg nie en alhoewel Romeins-Hollandse skrywers oor

<sup>1</sup>*Nduli and Another v Minister of Justice* 1978 1 SA 893 A 906B.

<sup>2</sup>*South Atlantic Islands Development Corporation Ltd v Buchan* 1971 1 SA 234 CPD op 238.

<sup>3</sup>*Ex parte Schumann* 1940 NPD 251 op 254.

<sup>4</sup>H. Booysen *Is Gewoonteregtelike Volkereg deel van ons Reg?* 1975 *THRHR* 315 op 316.

die volkereg geskryf het, regverdig dit nie die afleiding dat dit deel is van die Romeins-Hollandse of ons gemenereg nie.

In die *Ncumata*-beslissing<sup>5</sup> het die hof gebruik gemaak van 'n Romeinsregtelike beginsel wat deel geword het van die volkereg:

'By the Roman principle of occupancy, as by the Law of nature, an enemy's property is *res nullius*, and may lawfully be acquired by the captor.'

So ook bevind hoofregter De Villiers in *Du Toit v Kruger*.<sup>6</sup>

'...For the purpose of ascertaining those principles (i.e beginsels aangaande oorlogsreg) the Court has to fall back upon rules laid down by the ancient jurists of Rome, perpetuated in the jurisprudence of the Netherlands and accepted in times past as holding good in international law.'

Dieselfde mening word gehandhaaf in *Rex v Lionda*, waar die hof bevind dat

'But that regulation must not be read standing alone. It must be read against the background of International Law, more especially that law as expounded by Roman-Dutch writers.'<sup>7</sup>

In die lig van bogaande beslissings is dit duidelik dat Booysen se argument dat die volkereg nie deel is van ons reg nie, nie kan stand hou nie. Die volkeregbronne, wat hy as verouderd beskou, dien juis in die regspraak as regverdiging vir die aanname dat die volkereg via die Romeinse en later die Romeins-Hollandse reg ook deel van ons reg gevorm het.

Uit die ongeveer tagtig Suid-Afrikaanse hofbeslissings wat bespreek is, blyk dit duidelik dat die hof nie een geval gehuiwer het om kennis van die volkereg te neem nie. Of die volkereg in elke geval korrek toegepas is, is nie ondersoek nie. Dit regverdig dus die stelling dat volkeregtelike gewoontereg wel deur die regsprekende gesag as deel van die reg van die land beskou word. Dit is ook die oorwoë mening wat deur die meerderheid Suid-Afrikaanse regsgeleerdes, met die uitsondering van Professor Booysen, gehandhaaf word.

Slegs in *Ebrahim v Minister of the Interior*<sup>8</sup> het die meerderheidsuitspraak geen melding gemaak van enige volkeregtelike beginsels nie en is die saak op grond van die positiewe reg beslis.

Maar wat beteken 'die reg van die land'? Dit dui op die positiewe reg van die land, dit wil sê, die Suid-Afrikaanse reg. Die volkereg is dus in eie reg deel van

<sup>5</sup> *Ncumata v Matwa* 1881-22 EDC 272. Gesag waarop gesteun word rakende die verskillende fasette van die beginsel, is onder andere: Mairme, *Ancient Law* 246; Wheaton *International Law* 2de uitgawe wat Grotius en Balthazer Ayala aanhaal; *Institutes* 2.1.17; D.4.1.5; Grotius 2 4 34; Van der Linden op 118; Vattel *Law of Nations*, deur Chitty op 384, 385.

<sup>6</sup> *Du Toit v Kruger* 1905 22 SC 234 op 238-9.

<sup>7</sup> *Rex v Lionda* 1944 AD 348 op 352, 354; *The Panariellos* 114 6 T op 672.

<sup>8</sup> *Ebrahim v Minister of the Interior* 1977 1 SA 665 A.

die Suid-Afrikaanse reg en beklee nie 'n ondergeskikte posisie aan enige ander deel van die Suid-Afrikaanse reg nie. Die resultaat hiervan is dat die volkereg, nes administratiefreg of enige ander deel van die reg, in gepaste gevalle sonder huiwering deur die Suid-Afrikaanse howe toegepas behoort te word.

Professor Booysen<sup>9</sup> argumenteer ook dat die siening dat gewoonteregtelike volkereg outomaties deel van ons reg is, hoofsaaklik ontleen is van die regspraak wat heel dikwels gestaaf word deur 'n verwysing na Engelse beslissings wat 'n soortgelyke standpunt (in die Engelse reg) verkondig. Die 'adoption'-teorie waarvolgens die volkereg in sy geheel deur die Engelse 'common law' aanvaar is, was 'n uitvloeisel van die natuurregteorieë wat in Blackstone se tyd aan die orde van die dag was. Die 'adoption'-teorie het volgens Booysen in onguns verval in die lig van nuwer sake, sodat daar vandag nie meer gesê kan word dat die howe ontwikkelde volkereg toepas nie, maar slegs 'n 'anglicised version' van geadopteerde beginsels. Die siening dat volkereg deel is van die Engelse reg het ontstaan uit sake wat slegs na 'n klein deel van die volkereg verwys en dit versterk die feit dat Engelse howe nie volkereg moet toepas nie. Die volkereg geld dus nie uit eie krag nie en kan nie aanleiding gee tot regte en verpligtinge in die Engelse reg nie. Volkereg kan slegs deur howe toegepas word indien dit nie sal neerkom op 'n versaking van eie reg nie. Dit regverdig volgens Booysen die afleiding dat die volkereg nie outomaties deel is van die Engelse reg nie, maar hoogstens as bron gesien kan word. Indien die volkereg net as 'n bron aanvaar word, beteken dit dat daar nie 'n plig op die howe rus om in gepaste gevalle volkereg toe te pas nie en dat dit slegs oorredingskrag het.

Dit blyk duidelik uit die werke van verskeie Engelse juriste sowel as die regspraak dat gewoonteregtelike volkereg wel as 'n integrale deel van die Engelse reg beskou word, onderhewig aan sekere kwalifikasies.<sup>10</sup>

Voorts is Booysen<sup>11</sup> van mening dat in baie gevalle waar volkereg wel in die Suid-Afrikaanse howe ter sprake gekom het, die probleem opgelos kon gewees het deur na die Suid-Afrikaanse reg te kyk, sonder om volkereg in aanmerking te neem. Volgens hom pas die howe Suid-Afrikaanse reg, soos blyk uit presedente en Romeins-Hollandse reg, toe en geen hof kan die Romeins-Hollandse reg, wat die gemene reg is, deur 'n ander regstelsel vervang nie. Op die meeste ken hy dus 'n regsvergelykende rol aan die volkereg toe.

Daarbenewens beweer Booysen<sup>12</sup> dat die stelling dat die volkereg deel is van ons reg net een ding kan beteken, naamlik dat dit deel is van ons reg soos die bepalinge van 'n statuut van die parlement en die Romeins-Hollandse reg

<sup>9</sup>a w 316-7.

<sup>10</sup>H. Lauterpacht *Is International Law a Part of the Law of England?* 1939 *Transactions of The Grotius Society* 25 51-88; Sir Arnold D. McNair (Paper by) *The Method Whereby International Law Is Made To Prevail In Municipal Courts On An Issue Of International Law* 1944 *Transactions of The Grotius Society* 30 11-49; Malcolm N. Shaw *International Law* 2e uitg 1986 104-14; D.J. Harris *Cases and Materials on International Law* 2e uitg 1979 Hfst 3.

<sup>11</sup>a w 317.

<sup>12</sup>a w 319-20.

deel is van ons reg. Dit beteken dan verder dat die hof telkens die Romeins-Hollandse reg en die volkereg moet saamlees. Die howe sal telkens dus die Romeins-Hollandse reg, wat die Suid-Afrikaanse reg insluit, en die volkereg moet harmoniseer, en slegs indien dit duidelik is dat die twee bots, sal die howe aan slegs een van die twee effek kan gee. Daarom argumenteer hy dat om te beweer dat die volkereg 'n deel is van ons reg, nóg die bestaande regsposisie korrek weergee, nóg 'n korrekte weergawe gee van wat 'n hof in 'n bepaalde geval moet doen.

Volgens hom moet die hof staatlike reg toepas en is dit nie verplig om volkereg toe te pas nie en kan staatlike reg nie oor dieselfde kam geskeer word as volkereg nie.

Wat in werklikheid gebeur, is dat die howe in bepaalde gevalle 'n bepaalde reël positiviseer in die lig van volkeregtelik bronne, van ander regstelsels en in die lig van ons eie reg. Deur die presedentestelsel kan so 'n gepositiviseerde reël dan in ons reg ingeburger word.

Professor Booysen se hele argument is gebaseer op die feit dat hy die bestaan van die volkereg negeer. Eerstens onderskei hy die Suid-Afrikaanse reg van die volkereg deur dit as 'n ander regstelsel te beskou. Daarbenewens ontken hy die bestaan van enige verhouding tussen die volkereg en die Romeins-Hollandse reg, oftewel ons gemenereg. Verder ken hy slegs 'n regsvergelykende rol aan die volkereg toe, dit wil sê dat die volkereg dieselfde rol in ons reg vervul as byvoorbeeld die Amerikaanse of Franse reg.

Om te ontken dat die volkereg deel gevorm het van die Romeins-Hollandse reg is om die hele geskiedkundige ontwikkelingsproses van die volkereg te negeer. Die bronne wat Booysen as verouderd beskou dui eerder daarop dat die volkereg wel deel uitmaak van ons gemenereg. Die volkereg het vanaf die vroegste tye deur middel van die Romeinse reg deel uitgemaak van die Europese *ius commune* en dus ook van die Romeins-Hollandse reg, soos duidelik geïllustreer word deur die regspraak.

Verder blyk dit duidelik uit die taal wat die howe gebruik, dat die howe 'n veel groter rol aan die volkereg toeken as bloot regsvergelykend. Die howe stel dit duidelik dat die volkereg deel is van die Suid-Afrikaanse reg en pas in die meeste gevalle die volkereg toe, onderhewig aan sekere staatsregtelike kwalifikasies. Die kwalifikasies geld egter ook vir enige ander deel van die reg en is nie net op die volkereg van toepassing nie. So geniet byvoorbeeld parlementêre wetgewing altyd voorrang bo enige ander teenstrydige regsreël. Die staatsreg en die volkereg kan en behoort dus oor dieselfde kam geskeer te word.

'n Belangrike implikasie wat voortvloei uit die stelling van hoofregter Rumpff dat die volkereg deel is van die Suid-Afrikaanse reg, is dat volkeregtelike gewoontereg nie onderhewig is aan die een of ander transformasieproses nie. Die howe hoef hul dus slegs te vergewis van die toepaslike volkeregreël om dit direk aan te wend.



## 6.2 Gewoonteregtelike volkereg is deel van ons reg: die *fons et origo*

In die tweede deel van die aanhaling bepaal hoofregter Rumpff dat die *fons et origo* van die stelling dat gewoonteregtelike volkereg deel is van ons reg, vanaf die Romeins-Hollandse reg afkomstig is.<sup>13</sup> Hiervoor haal hy inderdaad geen Romeins-Hollandse gesag aan nie. By die bestudering van die ontwikkeling van die volkereg vanaf die Romeinse tot by die Romeins-Hollandse reg, is dit duidelik dat die Romeins-Hollandse reg deel uitgemaak het van die breë Europese *ius commune*. Die *ius commune* het ontstaan as gevolg van die resepsie van die Romeinse reg wat 'n groot invloed uitgeoefen het op die ontwikkeling van die volkereg. Gedurende die middeleeue is daar nie 'n skerp onderskeid getref tussen die volkereg en die privaatreë en het die twee stelsels mekaar wedersyds beïnvloed, alhoewel die privaatreë meer ontwikkel was. Dit verduidelik die gebruik van die middeleeuse juriste om Romeinsregtelike begrippe op die volkereg van toepassing te maak. Die rol wat die middeleeuse regsgeleerdes gespeel het, is van groot belang, aangesien hulle verantwoordelik was vir die ontwikkeling en toepassing van die volkereg. 'n Kenmerk van die *ius commune* is juis ook die wedersydse invloed wat die onderskeie regsgeleerdes op mekaar uitgeoefen het. Ook die Romeins-Hollandse reg het die beïnvloeding nie vrygespring nie. Belangrik is dan die feit dat die meeste Romeins-Hollandse skrywers ook oor die volkereg geskryf het.

Talle aanduidings word by die juriste gevind dat hulle die bestaan van die volkereg erken het en dit toegepas het. Grotius reeds het die belang van die volkereg besef en aandag aan die verhouding tussen die volkereg en munisipale reg geskenk.

Kritiek kan dus nie uitgespreek word teen die stelling van hoofregter Rumpff nie. Die bronne waarop hy steun as gesag vir die stelling is wel onderhewig aan kritiek.<sup>14</sup> Dit het verder uit die regspraak na vore getree dat die houe die term Romeins-Hollandse reg nie eng interpreteer nie, dit wil sê, dit nie tot die provinsie Holland beperk nie, maar dit so uitleë dat dit die gemenerereg van Wes-Europa omvat.<sup>15</sup>

Die vraag ontstaan nou watter waarde daar vandag nog geheg word aan die opinies van Romeins-Hollandse skrywers deur die regsprekende gesag by die toepassing van die volkereg. Uit die beslissings wat in Hoofstuk 5 bespreek is, blyk dit daar in byna 'n vyfde van die sake verwys is na die werke van Romeins-Hollandse skrywers en dan slegs op 'n regsvergelykende wyse. Weinig aandag word aan kontinentale skrywers geskenk.<sup>16</sup>

<sup>13</sup> *Nduli and Another v Minister of Justice and Others* 1978 1 SA 893 AD op 906.

<sup>14</sup> A.J.G.M. Sanders *The Applicability of Customary International Law in South Africa — The Appeal Court has Spoken* 1978 CILSA 198 op 204; *Nduli and Another v Minister of Justice and Others* 1978 1 SA 893 AD op 906.

<sup>15</sup> Sien Hoofstuk 2.

<sup>16</sup> Ongeveer 6%.

Die Suid-Afrikaanse howe steun hoofsaaklik op Anglo-Amerikaanse beslissings en tendense. Die mate waartoe die howe op Engelse gesag steun, verskil van geval tot geval.

In die *De Howarth*-beslissing voer regter Gardiner<sup>17</sup> aan dat hy Engelse beslissings slegs as riglyne gebruik en nie as bindende gesag nie. So steun die hof ook in die *McFarland*-saak slegs op Engelse, Skotse, Ierse, Amerikaanse en Kanadese beslissings.<sup>18</sup> In die *Petane*-beslissing stel die hof dit uitdruklik dat die toepassing van die volkereg deur die Suid-Afrikaanse howe in die opsig dieselfde is as die Engelse benadering.<sup>19</sup>

In *Labuschagne v Maaburger* beskou die hof hom gebonde aan 'n Engels-regtelike beslissing, ten spyte van die feit dat die bepaalde volkeregreël 'n verandering ondergaan het wat deur die meeste Europese state aanvaar word. Dit is dus in teenstelling met bogenoemde beslissing.

'The strict rule of law formerly observed by all nations, . . . , has been greatly modified, and in most of the civilised countries of Europe it was done away with. It however, still exists in the Courts in England . . . as constitutionally all the courts of law in the British Empire, and therefore, in the Union are Courts of his Majesty, . . . I think that it is a consequence that in applying the rule we should follow the English decisions.'<sup>20</sup>

Regter Kotzé<sup>21</sup> stel dit nog meer pertinent:

'This case involves a question of public law, in which we must be guided by the King's Courts in England, and by the principles of international law, in so far as these principles have been recognised by the King's Courts and are not contrary to English law.'

Dieselfde benadering is ook deur die howe gevolg wat betref die leerstuk van soewereine immuniteit, waar die howe hul gebonde geag het aan Engelse beslissings, ondanks veranderings wat deur die res van die wêreld (buiten Rusland) aanvaar is.

Dit bring ons by die volgende vraag, naamlik waarom lê die howe soveel klem op die Engelse reg by die toepassing van die volkereg? Die *Maaburger*-beslissing verskaf die antwoord. By die toepassing van die volkereg deur die howe word daar op die gebied van die staatsreg beweeg en sal staatsregtelike reëls die wyse waarop die howe volkeregreëls sal toepas, bepaal. Dit word algemeen aanvaar dat die Suid-Afrikaanse staatsreg afkomstig is van die Engelse staatsreg. Dit

<sup>17</sup> *De Howarth v The SS-'India'* 1921 CPD 451 op 458.

<sup>18</sup> *Commissioner of Taxes, Federation of Rhodesia v McFarland* 1965 1 SA 470 W; *South Atlantic Islands Development Corporation Ltd v Buchan* 1971 1 SA 234 CPD op 238; *Maluleke v Minister of Internal Affairs* 1981 1 SA 707 B op 710.

<sup>19</sup> *S v Petane* 1988 3 SA 51 C op 56-7.

<sup>20</sup> *Labuschagne v Maaburger* 1915 CPD 423.

<sup>21</sup> *supra* 433, 435.

verskaf dikwels aan die Suid-Afrikaanse howe 'n wyer basis waarop die volkereg toegepas kan word.

Die belang van die *Nduli*-aanhaling lê dus daarin dat die Romeins-Hollandse reg as gesag dien vir die stelling dat die volkereg deel is van die Suid-Afrikaanse reg. Dit vorm dus slegs die verwysingsraamwerk waaruit die volkereg ontwikkel het. Die howe pas dus volkereg *qua* volkereg toe, en nie byvoorbeeld as deel van die gemeenereg nie.

## 6.3 Die gesindheid van die howe teenoor die volkereg

### 6.3.1 Algemeen

Hoe geneë is die howe om volkeregtelike beginsels toe te pas? Die vraag is veral belangrik, aangesien die beperkinge wat die staatsreg neerlê by die toepassing van die volkereg deur die munisipale howe, die regte van die individu kan raak.

Uit die bespreking van die hofbeslissings het dit duidelik na vore getree dat die Suid-Afrikaanse howe dieselfde kwalifikasies as die Engelse howe toepas, aangesien die Engelse reg die gemeenereg van die Suid-Afrikaanse staatsreg is. Die Suid-Afrikaanse howe aanvaar ook, in navolging van die Engelse howe, die toepaslike uitleg- en bewysregreëls om die kwalifikasies te temper, naamlik die vermoede dat die wetgewer poog om so ver moontlik in harmonie met die volkereg te bly en die feit dat die volkereg nie soos vreemde reg deur deskundige getuienis bewys hoef te word nie.

Die primêre doel van die regbank word reeds in 1879 deur hoofregter De Villiers<sup>22</sup> uitgespel:

'The disturbed state of the country ought not in my opinion to influence the Court, for its first and most sacred duty is to administer justice to those who seek it . . . The Civil Courts have but one duty to perform, and that is to administer the laws of the country without fear, favour or prejudice, independently of the consequences which ensue.'

En by die 'laws of the country' is die volkereg ingesluit.

Hoofregter Kotzé<sup>23</sup> beklemtoon die belangrikheid van die toepassing van die volkereg:

'... Hence it is that we are compelled by our very national existence to conduct ourselves in conformity with the Law of Nations . . . And even in the case of doubt . . . the law must be interpreted in such a way as not to conflict with the principles of International Law.'

<sup>22</sup> *In re Willem Kok and Nathaniel Balie* 1879 9 Buch 15 op 66.

<sup>23</sup> *Maynard et Alii v The Field Cornet of Pretoria* 1894 1 SAR 214.

Dit is die eerste Suid-Afrikaanse beslissing wat die toepassing van die vermoede beklemtoon.

Waar staatsveiligheid 'n rol speel, is die hof nie bereid om volkeregtelike beginsels toe te pas nie. In *S v Ramotse*, waar die beskuldigde aangekla is ingevolge die Terrorismewet en onregmatiglik in Botswana gearresteer is, beslis regter Viljoen:<sup>24</sup>

'...It may give rise to proceedings between Botswana and the Republic and accused number 1 may possibly even have a remedy against his captors. But this court is not concerned with that.'

In die *Nduli*-beslissing<sup>25</sup> openbaar hoofregter Rumpf se uitspraak meer toegeneentheid teenoor die volkereg, daar hy die restriktiewe benadering volg deur aan te voer dat hy nie die volkereg toepas nie, aangesien die betrokke beamptes sonder magtiging opgetree het toe hulle die beskuldigde onregmatiglik gearresteer het. Implisiet aan die stelling is dat indien die beamptes die nodige magtiging gehad het, die hof die volkereg sou toegepas het. Maar dan gaan die hoofregter<sup>26</sup> voort en bevind dat die Wet op Binnelandse Veiligheid so geïnterpreteer kan word dat die hof se jurisdiksie in elk geval uitgesluit sal word. Die moontlikheid bestaan ook dat so 'n optrede as 'n staatshandeling beskou sal kan word, wat ook die jurisdiksie van die hof inperk, rakende die wyse waarop die beskuldigde voor die hof verskyn. Dit word duidelik uitgespel in die *Nkondo*-beslissing<sup>27</sup> waar die hof aanvoer dat

'...the right of national security and of self-preservation is superior to all other right'

Regter Strydom in die *Binga*-beslissing<sup>28</sup> waar dit oor erkenning gehandel het, stel dit as volg:

'we are, in my opinion obligated to give effect to the Government's will as *inter alia* expressed in its legislation, irrespective of what the position may be as far as the international community is concerned ...'

En verder:

<sup>24</sup>*S v Ramotse*: 'n Ongerapporteerde beslissing van die Transvaalse Provinsiale Afdeling, gedateer 14 September 1970. Sien John Dugard *International Law is Part of our Law* 1971 88 SALJ 13. Dieselfde benadering word gevolg in die *Ndlovu*-beslissing, *Ndlovu and Another v Minister of Justice and Others* 1976 4 SA 250 N.

<sup>25</sup>*Nduli and Another v Minister of Justice and Others* 1978 1 SA 893 AD.

<sup>26</sup>*Trendtex Trading Corporation v Central Bank of Nigeria* 1977 2 WIR 356 CA op 388.

<sup>27</sup>*Nkondo v Minister of Police and Another* 1980 2 SA 894 O op 902-3.

<sup>28</sup>*Binga v Administrator-General, South West Africa and Others* 1984 3 SA 945 SWA op 967.

‘...However, once the Court has come to the conclusion that the South African Government is in effective control of the territory, that is the end of the matter’<sup>29</sup>

Dit wil dus blyk dat, waar dit handel oor politieke-kontensieuse vraagstukke, die hoewe by ’n botsing tussen die munisipale en volkereg, munisipale reg sal toepas.

Die posisie van Suid-Afrika in Suidwes-Afrika/Namibië was ’n hoogs sensitiewe onderwerp vir die regering, net soos die Groepsgebiedewet. In *S v Werner*<sup>30</sup> sowel as in die *Binga*-beslissing<sup>31</sup> het die hof bevind dat die vermoede dat waar wetgewing onduidelik is, die wetgewer poog om uitdrukking te gee aan die regering se internasionale verpligtinge nie toepassing kan vind nie, aangesien die onderskeie wette nie onduidelik is nie.

In *S v Sagarius en Andere*<sup>32</sup> was die hof meer simpatiek en het die hof wel aandag geskenk aan nuwe internasionale tendense in die volkereg by die bepaling van die beskuldigdes se vonnis.

### 6.3.2 Die *stare decisis*-beginsel

Voor die *Nduli*-beslissing het die Suid-Afrikaanse hoewe duidelike menings gehandhaaf ten opsigte van die beginsel. Die *stare decisis*-beginsel behoort nie die toepassing van die volkereg te beïnvloed nie. Regter Armeshoff<sup>33</sup> in sy minderheidsuitspraak in *The Attorney-General v Andreson* beklemtoon die belangrikheid dat nuwe veranderde volkeregreëls toegepas behoort te word:

‘... The Court in its consideration of the matter ought to be national and not obstructive, and this, in my view, it is to a very great degree by the decision now pronounced and based on antiquated theories.’

In *Hoch v Scoble*<sup>34</sup> moes die hof ’n keuse maak tussen ’n Suid-Afrikaanse beslissing en ’n latere Engelse beslissing wat die teenoorgestelde beslis het. Regter Bristowe beslis dat

‘As internment takes place under the Royal Prerogative its nature and effect is a question of Constitutional law in which I think we are bound to follow the English decisions. This was the view taken by the Cape Provincial Division and probably if Schaffenus’ case had then been decided they would have followed it as we are doing now.’

Die *Nduli*-beslissing het ’n verdere belangrike implikasie. Indien die volkere reg deel is van die Suid-Afrikaanse reg, soos aanvaar deur hoofregter Rumpff,

<sup>29</sup> *Binga v Administrator-General South West Africa and Others* 1984 3 SA 945 SWA op 968.

<sup>30</sup> *S v Adonis, S v Werner* 1981 1 SA 187 A op 225.

<sup>31</sup> *Binga v Cabinet for South West Africa and Others* 1988 3 SA 155 A op 185.

<sup>32</sup> *S v Sagarius en Andere* 1983 1 SA 833 SWA op 836.

<sup>33</sup> *Attorney-General v Andreson* 1897 4 SAR 297 op 292-4, veral op 294.

<sup>34</sup> *Hoch v Scoble* 1916 TPD op 650.

beteken dit dat veranderde volkeregreëls outomaties deel word van die Suid-Afrikaanse reg. Die resultaat is dieselfde as wat Lord Denning in die *Trendtex*-beslissing bereik het, naamlik dat die volkereg geen reël van *stare decisis* ken nie.

Dit is dieselfde benadering wat in die *Inter-Science*-beslissing<sup>35</sup> gevolg is.

### 6.3.3 Staatshandelinge

Ongelukkig bestaan daar nie veel regsbeslissings rakende die 'act of state' leerstuk in Suid-Afrika nie. In *Sachs v Dōnges*<sup>36</sup> is 'n duidelike kunsmatige argument gebruik deur aan te voer dat 'n paspoort 'n kontraktuele verhouding tussen die individu en die staat daarstel om die regte van die individu te beskerm. Dat die benadering egter 'n uitsondering op die reël is, blyk duidelik uit die kritiek wat Sanders teen die hof voorhou, naamlik dat hulle meer 'executive-minded' is as die uitvoerende gesag. Aangesien die Suid-Afrikaanse hof die Engelse reg navolg ook op die gebied, is dit te hope dat die versigtigheidsmaatreëls wat reeds ontwikkel het uit die Engelse reg by die toepassing van die leerstuk nagevolg sal word deur die Suid-Afrikaanse hof om te voorkom dat hul jurisdiksie te maklik ingeperk word.

Dieselfde geld dan ook ten opsigte van die uitvoerende sertifikaat. Uit die *Inter-Science*-beslissing<sup>37</sup> blyk dit duidelik dat die hof die Engelse benadering volg. Uit die beslissing wil dit voorkom asof daar 'n plig op die hof rus om die uitvoerende sertifikaat te bekom in gevalle van onsekerheid.

Die hof sal egter moet waak om 'n sertifikaat aan te vra om sy taak te vergemaklik deur sodoende 'n eie onafhanklike judisiële ondersoek te vervang met 'n sertifikaat van die uitvoerende gesag. In die *Binga*-beslissing<sup>38</sup> bepaal die hof dat

'A certificate by the Government could of course have eased the Court's task ...'

Indien so 'n benadering na willekeur gevolg word, sal nie net die regbank se onafhanklikheid daaronder lei nie, maar sal dit ook kan lei tot 'n negering van die volkereg.

Dit sal inderdaad 'n kwade dag vir die volkereg wees indien Professor Booysen<sup>39</sup> se submissie dat die enigste funksie van die Suid-Afrikaanse hof wat betref staatshandelinge is om vas te stel of so 'n handeling wel verrig is en dit dan as geldig te aanvaar, deur die hof sonder meer aanvaar word.

<sup>35</sup>*Inter-Science Research and Development Services (Pty) Ltd v Republica Popular de Moçambique* 1980 2 SA 111 T op 121-2.

<sup>36</sup>*Sachs v Dōnges* 1950 2 SA 265 A op 307.

<sup>37</sup>*Inter-Science Research and Development Services (Pty) Ltd v Republica Popular de Moçambique* 1980 2 SA 111 T op 117-8.

<sup>38</sup>*Binga v Administrator-General, South West Africa and Others* 1984 3 SA 945 SWA op 964.

<sup>39</sup>H Booysen *Volkereg 'n Inleiding* 1980 op 311.

## 6.4 Gevolgtrekking

Die posisie tans in Suid-Afrika is dat volkeregtelike gewoontereg deel is van die Suid-Afrikaanse reg. Internasionale verdrae moet nog by wyse van parlementêre wetgewing getransformeer word om munisipaal uitvoerbaar te wees.

Aangesien Suid-Afrika nie in isolasie kan voortbestaan nie, behoort soveel aandag as moontlik aan die bestaan en die toepassing van volkeregtelike beginsels deur die juriste en regeringsamptenare geskenk te word. 'n Daadwerklike poging behoort ook deur die regbank aangewend te word om sover moontlik konflik tussen die volkereg en munisipale reg harmonieus op te los, sonder om bloot die toepaslike volkeregtelike beginsels te ignoreer. Soos blyk uit Hoofstuk 5 het die regbank aan die beginjare van sy ontstaan uit sy pad gegaan om die munisipale reg so uit te lê dat dit nie in stryd is met die volkereg nie.

Daarbenewens het die regbank dit ook herhaaldelik beklemtoon dat dit noodsaaklik is vir 'n staat wat deur ander beskaafde nasies aanvaar wil word om ag te slaan op die reëls wat deur die beskaafde nasies toegepas word.

In *Leibowitz v Schwartz*<sup>40</sup> pas die hof dan ook 'n volkeregtelike beginsel in stryd met Suid-Afrikaanse reg toe omdat die beginsel gebaseer is

'on grave and weighty considerations of public policy, international law and comity.'

Dit is dan die maatstaf wat deur die hof gebruik behoort te word.

## 6.5 Aanbeveling

Die huidige politieke ontwikkeling in Suid-Afrika sal binne afsienbare tyd die opstel van 'n nuwe Grondwet noodsaak. Indien die moderne tendens gevolg word, sal die toepassing van die volkereg deur 'n bepaling in die Grondwet gereël word. Hoe sal die belange van die volkereg die beste in 'n nuwe Grondwet gedien word?

Die Namibiese Grondwet, die mees resente voorbeeld, bepaal dat algemene volkeregtelike reëls, sowel as internasionale ooreenkomste outomaties deel vorm van die reg van Namibië. Dit skakel dus die nodigheid van wetgewing uit om internasionale ooreenkomste munisipaal uitvoerbaar te maak. Die toepassing van die volkereg is egter steeds onderhewig aan parlementêre wetgewing, wat die toepassing daarvan kan inperk. Die outomatiese uitvoerbaarheid van internasionale verdrae is myns insiens problematies, aangesien die uitvoerende gesag pligte aan die individu kan opleë, sonder dat die individu enige inspraak, by wyse van byvoorbeeld parlementêre verteenwoordiging, kan lewer.

Hierteenoor verskaf die Grondwet van Wes-Duitsland 'n beter oplossing. Die waarde van die direkte gelding van die algemene volkeregreëls lê daarin dat dit botsende staatlike reg verdring of die afdwinging daarvan in ooreenstemming

<sup>40</sup> *Leibowitz and Others v Schwartz and Others* 1974 2 SA 661 T op 661-2.



met die algemene volkeregnorme bewerkstellig. 'n Uitdruklike plig rus dus op die howe om sulke volkeregreëls toe te pas. Daarbenewens verplig dit die staatsorgane wat bekleë is met buitelandse gesag, om sorg te dra dat die uitoefening van hul gesag munisipaal ooreenkomstig die volkereg is. Die volkereg is egter onderhewig aan die bepalings van die Grondwet.

'n Geskikte bepaling omtrent die verhouding tussen die volkereg en munisipale reg lê tussen die twee voorbeelde. So 'n bepaling behoort dus die volgende kwessies aan te spreek:

- Die direkte aanwending al dan nie van die volkereg.
- Die wyse waarop die volkereg munisipale aanwending behoort te vind.
- Die verhouding tussen die volkereg en munisipale wetgewing.

Dit behoort dan enige onduidelikhede rakende monisme of dualisme, inkorporasie of transformasie en die rang wat die volkereg in die munisipale reg geniet, uit die weg te ruim en die weg te baan vir 'n gelukkige huwelik tussen die volkereg en die munisipale reg.

## Appendix A

# Lys van Aangehaalde Beslissings

Alabama Claims Arbitration 1872  
Achtenberg v Glinister 1903 TS 326  
Acutt Blaine & Co v Colonial Marine Assurance Co 1882 1 SC 402  
Alexander v Pfau 1902 TS 155  
Alpha Trust (Edms) Bpk. v Van der Watt 1975 3 S.A. 734 A  
Attorney-General v Andreson 1897 4 SAR  
Attorney-General v Nissan 1969 1 All ER 629 HL  
  
Baines Motors v Piek 1955 1 SA 534 A  
Bank of Ethiopia v National Bank of Egypt and Liguori 1937 Ch 513  
Bank of Lisbon and South Africa Ltd v De Ornelas and Another 1988 3 SA 580 AD  
Barbuit-beslissing 1737 Cas.t Talb. 281; 25 ER 777  
Barker McCormac (PVT) Ltd v Government of Kenya 1985 4 ZHC 197  
Bezuidenhout v A.A. Mutual Insurance Association Ltd. 1978 1 SA 703 A  
Binga v Administrator-General, South West Africa and Others 1984 3 SA 945 SWA  
Binga v Cabinet for South West Africa and Others 1988 3 SA 155 A  
Blower v Van Noorden 1909 TS 890  
Buron v Denman 1848 154 ER 450; 2 Exch. 167  
Buttes Gas Co v Hammer 1981 3 All ER 616 HL  
  
Cameron v Government OVS Greg 1883-1885 Deel 1 35  
Cape Law Society v Van Aardt 1926 CPD 312  
Carl Zeiss Stiftung v Rayner & Keeler Ltd. 2 1967 1 AC 853  
Chung Chi Cheung v The King 1939 AC 160  
Claassens v Wilkens 1905 ORC 139  
Commercial and Estates Co of Egypt v Board of Trade 1925 1 KB 271  
Commissioner of Taxes, Federation of Rhodesia v McFarland 1965 1 SA 470 W  
Compania Naviera Vascongado v Steamship Cristina 1938 AC 485  
Cook v Sprigg 1899 AC 572

Cook Brothers v The Colonial Government 1895 12 SC 86

De Howarth v The SS-'India' 1921 CPD 451

Duff Development Corporation Ltd v Kelantan Government 1924 AC 797

Dukes v Marthinusen 1937 AA 12

Du Toit v Kruger 1905 22 SC 234

Ebrahim v Minister of the Interior 1977 1 SA 665 A

Eichmann v Attorney-General of the Government of Israel Hooggereghshof van Israel  
1962 136 ILR 277

End Conscription Campaign v Minister of Defence 1989 2 SA 180 C

Engelke v Musmann 1928 AC 433

Exchange of Greek and Turkish Populations St ICJ 21 Feb 1925 B10

Ex parte Belli 1914 CPD 742

Ex parte Lowen 1938 TPD 504

Ex parte Savage and Others 1914 CPD 827

Ex parte Schumann 1940 NPD 251

Ex parte Sulman 1942 CPD 407

Feldman (Pty.) Ltd. v Mall 1945 AA 733

Fisheries-beslissing ICJ Reports 1951 116

Foster v Globe Venture Syndicate 1900 Ch D 811

Fourie v Lourens 1904 ORC 20

Free Zones-beslissing 1932 PCIJ Ser A/B no. 46 167

Gerber v Wolson 1955 1 S.A. 158 A

Government of the Republic of South Africa v Ngubane 1972 2 S.A. 601 A

Government of the Republic of Spain v SS Arantzazu Mendi 1939 AC 256

Green v Fitzgerald 1914 A.A. 88

Haak and Others v Minister of External Affairs 1942 AD 318

Hackett v G. & G. Radio and Refrigerator Corp. 1949 3 S.A. 664 A

Heathfield v Chilton 1767 4 Burr 2016

Henderson v Hanekom 20 SC 1903 513

Herbert Wagg and Co Ltd 1956 Ch 323

Hispano Americano Mercantil SA v Central Bank of Nigeria 1979 2 Lloyds LR 277 CA

Hoch v Scoble 1916 TPD 642

I Congreso del Patrído 1978 1 QB 500; 1981 1 All ER 1092

In re Al-Fin Corporation's Patent 1970 Ch 160

In re De Beer Greg 1883-1885 Deel 1 25

In re Willem Kok and Nathaniel Balie 1979 9 Buch 15

Inter-Science Research and Development Services (Pty) Ltd v Republica Popular de  
Moçambique 1980 2 SA 111 T

Irvine v Hughes 1880-1881 1 EDC 156

Janson v Driefontein Consolidated Mines 1902 AC 484

Johnstone v Pedlar 1921 AC 262

Kaffraria Property Co (Pty) Ltd v Government of the Republic of Zambia 1980 2 SA 709 E

Kavouklis v Bulgari 1943 NPD 190

Kawasaki Kisen Kabushiki Kaisha of Kobe v Bantham 55 Co 1938 2 KB 790

Labuschagne v Maarburger 1915 CPD 423

Le Louis 1917 210

Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (SWA) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970) 1971 ICJ Reports 16

Leibowitz and Others v Schwartz and Others 1974 2 SA 661 T

Lendlease Finance Co (Pty) Ltd v Corporacion de Mercadeo Agricola and Others 1975 4 SA 397 C

Lemkuhl v Kock 1903 ORC 20, 1903 TS 451

Lieben's Estate v Custodian of Enemy Property 1925 TPD 232

Littlejohn v Norwich Union Fire Insurance Society 1905 TH 374

Loewenstein v Custodian of Enemy Property 1921 TPD 606

LTA Engineering Co. Ltd. v Seacat Investments Ltd 1974 1 S.A. 747 A

Luigi Monta of Genoa v Cechofracht Co Ltd 1956 2 QB 502

Luther v Sagor 1921 KB 456

Mahamed and Minor Son v Immigrants Appeal Board 1918 NPD 7

Maisel v Van Naeren 1960 4 S.A. 836 K

Maluleke v Minister of Internal Affairs 1981 1 SA 707 B

Mancho v S.A.R. 1928 AD 89

Marburger v The Minister of Finance 1918 CPD 183

Maree v Conradie 1903 ORC 23

Master v African Mines Corporation Ltd. 1907 TS 925

Maynard et Alii v The Field Cornet of Pretoria 1894 1 SAR 214

Mighell v Sultan of Jahore 1894 QB 149

Mortensen v Peters 1906 8 F (Ct. of Sess) 93

Moulong v Port Elizabeth Municipality 1958 2 S.A. 518 A

Mshwakezele v Guduza 1901 18 SC 167

Ncumata v Matwa and Others 1881-2 2 EDC 272

Ndlovu and Another v Minister of Justice and Others 1976 4 SA 250 N

Nduli and Another v Minister of Justice 1978 1 SA 893 A

Nkondo v Minister of Police and Another 1980 2 SA 894 O

North Charterland Exploration Company (1910) Ltd v The King 1931 1 Ch 169 A

Nottebohm-beslissing 1955 4

Olivier v Wessels 1904 TS 235

Owners of the Ship Phillipine Admiral v Wallem Shipping (Hong Kong) Ltd and Others 1976 All ER 78 PC

Pan American World Airways Incorporated v SA Fire and Accident Insurance Co Ltd 1965 3 SA 150 A

Parkin v Government of the Republique Démocratique de Congo and Another 1971  
 SA 259 WLD  
 Pauly v Custodian of Enemy Property 1922 AD 161  
 Piracy Jure Gentium 1934 AC 586  
 Planmount Ltd v Republic of Zaire 1981 1 All ER 1110  
 Polites c Commonwealth 1945 CLR 60  
 Postmaster-General v Taute 1905 TS 582  
 Prentice, Shaw & Schiess Incorporated v Government of the Republic of Bolivia 1978  
 3 SA 938 T  
 Princess Paley Olga v Weisz 1929 1 KB 718 A  
  
 Queen v Jizwa 1894 11 SC 387  
  
 R v Bottril, Ex parte Küchenmeister 1947 KB 41  
 R v Dudley 1884 14 QBD 273  
 R v Keyn (The Franconia) 1876 2 EX.D 63  
 R v Mhlongo 1978 2 SA 551 A  
 R v Secretary of State for the Home Department, ex parte Thakrar 1974 QB 684  
 R. v Sibiya 1955 4 S.A. 247 A  
 Rabie v Janse 1903 ORC 71  
 Randjieslaagte Syndicate v The Government 1908 TS 404  
 Re Amond 1942 1 All ER 236  
 Regal v African Superslate (Pty.) Ltd. 1963 1 SA 201 A  
 Rex v Christian 1924 AD 101  
 Rex v Holm, Rex v Pienaar 1948 1 SA 925 A  
 Rex v Lionda 1944 AD 348  
 Rex v Neumann 1949 3 SA 1238 (Spesiale Kriminele Hof, Transvaal)  
 Rex v Werner and Another 1947 2 SA 828 A  
  
 S v Adams, S v Werner 1981 1 SA 187 A  
 S v Bull 1967 2 SA 636 T  
 S v Devoy 1971 1 SA 359 N; 1971 3 SA 894 A  
 S v Eliasa 1965 2 SA 770 T  
 S v Oosthuizen 1977 1 SA 823 N  
 S v Penrose 1966 1 SA 5 N  
 S v Petane 1988 3 SA 51 C  
 S v Ramotse and Others Ongerapporteerde beslissing van die Transvaalse Provinsiale  
 Afdeling gedateer 14 September 1970  
 S v Sagarius en Andere 1983 1 SA 833  
 S v Tuhadeleni and Others 1969 1 SA 165 A G 177 A  
 Sachs v Dönges NO 1950 2 SA 265 A  
 Salaman v Secretary of State for India 1906 1 KB 613  
 Secretary of State in Council of India v Kamachee Boye Sahaba 1859 7 Moo. Ind App  
 476 PC  
 Setecki v Setecki 1917 TPD 165  
 Shingler v Union Government (Minister of Mines) 1925 AD 556  
 Smit v Bester 1904 ORC 30  
 South Atlantic Islands Development Corporation Ltd v Buchan 1971 1 SA 234 C

Sultan of Johore v Abubakar Tunku Aris Bendahara 1952 AC 318

Taylor v Barclay 1828 2 Sim 213; 57 EP 769

Thai Europe Tapicea Service Ltd v Government of Pakistan, Minister of Food and Agriculture, Directorate of Agricultural Supplies (Imports and Shipping Wing) 1975 3 All ER 961 CA

The Attorney-General v Andreson 1897 4 SAR 287

The King v Hatting 1901 15 EDC 79

The Odessa IB & CPC op 174

The Queen v Du Preez and Others 1900 17 SC 53

The Treasury v Wolff 1919 TPD 25; 1919 AD 336

The Uganda Co Holdings v The Government of Uganda 1979 1 Lloyds LR 481 QBD

The Zamora 1916 2 AC 77

Théophile v Solicitor-General 1950 AC 186

Tjollo Ateljees (Eiens.) Bpk. v Small 1949 1 S.A. 856 A

Trendtex Trading Corporation v Central Bank of Nigeria 1977 2 WIR 356 A

Triquet v Bath 1764 3 Burr. 1478

Trust Bank van Afrika Bpk. v Eksteen 1964 3 SA 402 A

Union Government v Estate Whittaker 1916 A.D. 194

Van Deventer v Hancke and Mossop 1903 TS 401

Venter v R 1907 TS 910

Verein für Schutzgebietsanleihen EV v Conradie NO 1937 AD 113

Visser v Niewoudt 1903 ORC 40

West Rand Central Goldmining Co v R 1905 2 KB 391

Wimbledon-beslissing 1923 Ser A no.1 29

Yorigami Maritime Construction Co Ltd v Nissho-Iwai Co Ltd 1977 4 SA 682 CPD

## Appendix B

## Bronnelys

- G. N. Barrie *Die Soewereiniteit van die Parlement*, doktrale proefskrif 1968.
- B. Beinart *Roman Law in South African Practice* 1952.
- L.G. Baxter *Pure Comparative law and legal science in a mixed legal system* 1983  
CILSA 84.
- Sir William Blackstone *Commentaries on the Laws of England* IV 1769 (Sien ook  
15de uitgawe 1809).
- H. Booysen *Volkereg 'n Inleiding* 1980.  
*Is Gewoonteregtelike Volkereg Deel van ons Reg?* 1975 THRHR 315.  
Foreign Judicial Decisions 1975 SAYIL 142.  
*Die Toepassing van die Volkereg in die Suid-Afrikaanse reg.* Doktorale  
Proefskrif 1974.
- J.W. Bridge *The Relationship Between International Law and the Law of South  
Africa* 1971 ICLQ 746.
- J.L. Brierly *International Law in England* 1935 *Law Quarterly Review* 24.  
*The Law of Nations* 6e uitg 1963.
- I. Brownlie *Principles of Public International Law* 3e uitg 1979.
- James Bryce *The Law of Nature in Studies in History and Jurisprudence* 11 1901.
- W. Buckland & Arnold D. McNair *Roman Law and Common Law. A Comparison in Outline* 1936.
- Cornelis van Bynkershoek *Quaestionum iuris publica libri duo*, 1737 (Vertaling  
Tenny Frank 1930).



- R.C. Caenegem *The Birth of the English Common Law* 1973.
- 2 Camden *The History of the Most Renowned and Victorious Princess Elizabeth, Late Queen of England* 1675.
- Cicero *De Officiis* (Walter Miller se vertaling 1938).
- G.M. Cockram *Interpretations of Statutes* 2e uitgawe 1983.
- Lord Cooper of Culross *The Common and the Civil Law — A Scot's View* 1950 *Harvard Law Report* 468.
- H. Coing *Die europäische Privatrechtsgeschichte der neueren Zeit als einheitlicher Forschungsgebiet. Probleme und Aufbau* 1967 *Ius Commune* 1.  
*Die ursprüngliche Einheit der europäischen Rechtswissenschaft* 1968.  
*Die juristische Fakultät und ihr Lehrprogramm.*  
 1973 *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte* 1 88.  
*Roman Law as Ius Commune on the Continent* 1973 *LQR* 505.  
*Allgemeine Grundlagen der Rechtsentwicklung* 1973 *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte* 1 25.  
*Bartolus und der Usus Modernus Pandectarum in Deutschland* 1962 *Bartelo* 1 23.  
*The Sources and Characteristics of the Ius Commune* 1986 *CILSA* 483.
- E.R. Curtuis *Europäische Literatur und Lateinisches Mittelalter* 1963.
- G. Decker *The Treaty-Making Power in the Commonwealth of Australia* 1966.
- D.J. Devine *Recognition, Newly Independent States and General International Law* 1984 *SAYIL* 18.  
*International Law Tensions Arising from the South African Situation 1976–1986* 1987 *Acta Juridica* 165.  
*Qualifications on the Incorporation of International Customary Law into South African Municipal Law* 1973 *Natal University Law Review* 58.
- Emmerich de Vattel *The Law of Nations or The Principles of Natural Law* 1758 (Vertaling deur Charles G. Fenwick).
- A.V. Dicey *Law of the Constitution* 10e uitg.

- J. Dugard *International Law is Part of Our Law* 1971 88 SALJ 13.  
*Consular Immunity* 1966 SALJ 83.  
*The Conflict between International Law and South African Law: Another Decisive factor in South African Society* 1986 South African Journal on Human Rights 1.  
*International Human-Rights Norms: Can South Africa learn from Britain and the United States in Fiat Iustitia — Essays in Memory of Oliver Deneys Schreiner* 1983 221.
- G. Erasmus *Mandates, Military Service and Multiple Choice* 1985-86 SAYIL 115.
- J.E.S. Fawcett *The British Commonwealth in International Law* 1963.  
*The Law of Nations* 2e uitg 1971.
- R. Feenstra *Romeins Recht in Europese Rechtswetenschap* in 1974 *Coniectanea Neerlandica*.
- Sir Gerald Fitzmaurice *The General Principles of International Law, Considered from the Standpoint of the Rule of Law* 1957 2, *Recueil* 1.
- J.J. Fouché *Die bevoegdheid van die Staatspresident van die Republiek van Suid-Afrika* Doktorale proefskrif 1964.
- M.P. Gilmore *Argument from Roman Law in Political Thought 1200-1600* 1941.
- Gino Gorla & Luigi Moccia *A 'Revisiting' of the Comparison between 'Continental Law' and 'English Law' (16th - 19th Century)* 1981 2 *Journal of Legal History*.
- L.C. Green *International Law Through the Cases* 3e uitg 1970.
- D.W. Greig *International Law* 2e uitg 1976.
- Grotius *De Iure Belli ac Pacis Libri Tres* (Vertaling deur Francis W. Kelsey 1964). *Inleydinge tot de Hollandsche Rechtsgeleerdheid* *The Jurisprudence of Holland* (Vertaling deur R.W. Lee 1926).
- Grundgesetz-Kommentar* 2 Saamgestel deur Ingo von Münch 2e uitg 1983.
- H.R. Hahlo & E. Kahn *The South African Legal System and Its Background* 1968.  
Hall *A Treatise on International Law* 3e uitg 1890.
- D.J. Harris *Cases and Materials on International Law* 2e uitg 1979; 3de uitg 1983.

- David J. Hill *A History of European Diplomacy* 11 1906.
- C.E. Hoexter *Inherent executive power: prerogative or nuisance publique ?* 1985 THRHR 152.
- W.S. Holdsworth *Sources and Literature of English Law* 1925 203.  
*A History of English Law* (Veral Vol V en XV, verskeie uitgawes, 1931–1966).
- Kaye Holloway *Modern Treaties in Treaty Law* 1967.
- Ernst Kantorowicz *The kings' two bodies* 1957.
- J. Kerr Wylie *Roman Law as an element in European culture* 1948 SALJ 3.
- Otto Kimminich *Einführung in das Völkerrecht* 1983.
- P. Koschaker *Europa und das römische Recht* 1966.
- J.M.T. Labuschagne *Interstaatlike verdrae en Wetsuitleg* 1981 THRHR 292.
- Hersch Lauterpacht *International Law: Collected Papers 1 General Works* 1970.  
*Is International Law a Part of the Law of England* 1939 Transactions of the Grotius Society 25.
- T.J. Lawrence *The Principles of International Law* 7e uitg. 1930.
- R.W. Lee *Roman Law and Common Law Elements in the law of South Africa and Ceylon* 1959 Acta Juridica 114.
- D.J.H. le Roux *Die aard en Regskrag van Parlementêre Prosedure* 1954 THRHR 184.
- Lock/Maitland *The History of English Law I* 2e uitg.
- MacDonell and Mason *Great Jurists of the World* 1913.
- H.S. Maine *Ancient Law. Its connection with Early History of Society and its Relations to Modern Ideas* 1930.
- F.W. Maitland *Why the History of English Law is not Written in Collected Papers* 1.  
*Roman Canon Law in the Church of England* 1898.
- McEwain *The Political Works of James I* 1918.

- Sir Arnold D. McNair *The Method whereby International Law is made to prevail in municipal courts on an issue of International Law* The Grotius Society Transactions for the year 1944/1945 11.
- F. Morgenstern *Judicial Practice and the Supremacy of International Law* 1950 BYIL 42.
- Christina Murray *The Status of the ANC and SWAPO in International Humanitarian Law* 1983 SALJ 402.
- Barry Nicholas *An Introduction to Roman Law* 1979.
- A. Nussbaum *A Concise History of the Law of Nations* 1954.  
*The Significance of Roman Law in The History of International Law* 1952 University of Pennsylvania Law Review.
- D.P. O' Connell *International Law* 1 2e uitg 1970.  
*The Law of State Succession* 1956 .
- L. Oppenheim *International Law — A Treatise* 1 — Peace 8e uitg 1955.
- R.R. Palmer *A History of the Modern World* 1959.
- P. Pauw *Die Romeins-Hollandse Reg in oënskou* 1980 TSAR 32.
- F. Pollock & F.W. Maitland *The History of English Law before the time of Edward I* vol 1 2e uitg 1898.
- G. Post *Studies in Medieval Legal Thought* 1964.
- W. Preiser, S. Verosta, H-U Scupen, W.G. Grewe, O. Kimminich *Encyclopædia of Public International Law* 7 1984.
- Proculus Redevivus *South African Law at the Crossroads or What is our Common Law?* 1965 SALJ 17.
- D.E. Queller *The Office of Ambassador in the Middle Ages*.
- B.V.A. Röling *Europees Volkenrecht of Wêreldvolkenrecht? Jaarboekje* 1957/58 Vereniging voor Internationale Rechtsorde.
- F.L.H. Rumpff *'n Waardering van die Bydrae tot die ontwikkeling van die Regswetenskap in die appèlhofuitsprake van Hoofregter L.C. Steyn* 1978 TSAR 87.

- A.J.G.M. Sanders *The Applicability of Customary International Law in Municipal Law — South Africa's Monist Tradition* 1977 THRHR 147.  
*The justiciability of foreign policy matters under English and South African law* 1974 CILSA 215.  
*Our state cannot speak with Two Voices* 1971 SALJ 413.  
*The Applicability of Customary International Law in South Africa — The Appeal Court has spoken* 1978 CILSA 198.  
*The Courts and Recognition of Foreign States and Governments* 1975 SALJ
- Rosalie P. Schaffer *The Inter-Relationship between Public International Law and the Law of South Africa: An Overview* 1983 ICLQ 277.
- J.E. Scholtens *Early Roman-Dutch Law* 1959 Acta Juridica 74.
- Malcolm N. Shaw *International Law* 2e uitg 1986.
- C.P. Sherman *Roman Law in the Modern World* 2e uitg 1924.
- O.D. Schreiner *The Contribution of English Law to South African Law; and the Rule of Law in South Africa* 1967.
- G. Schwarzenberger *European Common Law* in 1973 *Current Legal Problems* 26 114.
- T.B. Smith *Studies Critical and Comparative* 1962.
- South African Law Commission Working Paper 25 Project 58: Group and Human Rights.
- J.G. Starke *An Introduction to International Law* 7e uitg 1972.
- L.C. Steyn *Die Uitleg van Wette* 5e uitg.
- A.J. Toynbee *A Study of History* Abridgement I 1947.
- Sir Francis Vallat *International Law and the Practitioner* 1966.
- Van den Heever *The Partiarian Agricultural Lease in South African Law*.
- F.A. van der Heydte *Die Geburtsstunde des souveränen Staates* 1952.
- C. Van Vollenhoven *The Three Stages in the Evolution of the Law of Nations* 1919.
- P. van Warmelo *Roman Law and the old Authorities on Roman-Dutch Law* 1961 Acta Juridica 38.

- D.H. van Zyl *Geskiedenis van die Romeins-Hollandse Reg* 1979.
- Alfred Verdross – Bruno Simma *Universelles Völkerrecht* 3e uitg 1984.
- J.H.W. Verzijl *International Law in Historical Perspective* I 1968.  
*Western European influence on the foundation of international law* in 1955  
*International Relations* 1 137.
- B. Visagie *Regspleging en Reg aan die Kaap van 1652 tot 1806* 1969.
- Friedrich Carl von Savigny *Geschichte des römischen Recht im Mittelalter* 6 Volumes 1815–31.
- V.T.A. Walker *A History of the Law of Nations* 1 1899.
- Colin Warbrick *The New British Policy on Recognition of Governments* 1981 30  
*ICLQ* 568.
- J.W. Wessels *History of the Roman-Dutch Law* 1908.
- H. Wheaton *A History of the Law of Nations* 1845.
- Franz Wieacker *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* 2e uitg.
- M. Wiechers *Administratiefreg* 2e uitg 1984.  
*VerLoren van Themaat Staatsreg* 3e uitg 1981.
- H.J. Wolff *Roman Law, An Historical Introduction* 1950.
- R. Zimmermann *Synthesis In South African Private Law: Civil Law, Common Law And Usus Hodiernus Pandectarum* 1986 *SALJ* 259.  
*Roman-Dutch Law in South Africa: Aspects of the reception process* 1985  
*Lesotho Law Journal* 1.  
*Das Römisch-Holländische Recht in Südafrika. Einführung in die Grundlagen und usus hodiernus.* 1983.